كمال الدراية

وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول

الإزميري الحنفي

المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء الثالث

النكاح، الرضاع، الطلاق



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية
وجمع الرواية والدراية
من شروح ملتقى الأبحر

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري
(ت ١١٦٥ هـ)

Author: Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages (11 Vols/11 P) 5904 عدد الصفحات (١١ مجلد/١١ جزء)

Size 17x24 cm قياس الصفحات

Year 2017 A.D. - 1438H. سنة الطباعة

Printed in Lebanon بلد الطباعة لبنان

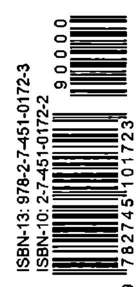
Edition 1st (2 Colors) الطبعة الأولى (لونان)

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ‎+٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



ISBN-13: 978-2-7451-0172-3
ISBN-10: 2-7451-0172-2

(كتاب النكاح)

(كتابُ النِّكَاحِ)

هُوَ عقدٌ يَرِدُ على ملكِ الْمُتْعَةِ قصداً.

(كِتَابُ النِّكَاح)

لما فرغ من العبادات.. شرع في المعاملات، وقدم النكاح من بينها؛ لأنه أقرب منزلة من العبادات؛ لأن فيه مصالح الدين والدنيا، وقد اشتهرت الآثار في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه، وله معنى لغوي وشرعي:

أما اللغوي: فقال في «المغرب»: أصل النكاح الوطء، ثم قيل للتزوج: نكاح مجازاً؛ لأنه سبب للوطء المباح، وقولهم: النكاح: الضم، مجاز أيضاً، إلا أن هذا من باب تسمية المسبب باسم السبب، والأول بالعكس منه. انتهى.

وقيل: إنه حقيقة في الضم مجاز في العقد والوطء.

وقال في «المصباح»: ويؤيده أنه لا يفهم العقد إلا بقرينة؛ نحو: نكح في بني فلان، ولا يفهم الوطء إلا بقرينة؛ نحو: نكح زوجته، وذلك من علامات المجاز.

وفي الشرع: (**هو عقد يرد على ملك المتعة قصداً**).

واعلم: أن للنكاح علة:

فاعلية: وهي المتعاقدان.

ومادية: وهي الإيجاب والقبول.

وصورية: وهي ارتباط المادة ارتباطاً شرعياً.

وغائية: وهي ملك المتعة؛ أي: حل استمتاع الزوج من الزوجة، فالمراد بالعقد ههنا: مجموع الارتباط والمرتبطَين؛ لأن الغاية تترتب على هذا المجموع، ويجوز أن يراد به: الارتباط أيضاً.

وقوله: «قصداً» احتراز عن عقد يملك به المتعة ضمناً كالبيع والهبة؛ لأن المقصود فيهما ملك الرقبة لا المتعة.

وَيجبُ عِنْدَ التَّوقانِ.

وَيكرهُ عِنْدَ خوفِ الْجورِ.

وَيُسنُّ مؤكَّداً حَالَةَ الِاعْتِدَالِ.

وَينْعَقدُ: بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ، ....

(**ويجب عند التوقان**)؛ أي شدة الاشتياق؛ لأن التحرز عن الزنا واجب، وما لا يتم الواجب المطلق إلا به.. فهو واجب.

(**ويكره عند خوف الجور**) بأن لا يقدر على إيفاء حقوق الزوجية.

(**ويسن مؤكداً حالة الاعتدال**) حتى قالوا: إن الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلي للعبادة؛ لقوله ﷺ: «من كان على ديني ودين داود وسليمان وإبراهيم عليهم السلام.. فليتزوج؛ فإن لم يجد إليه سبيلاً.. فليجاهد في سبيل الله» فجعل النكاح من الدين، وقدمه على الجهاد، وإنه ﷺ اختار لنفسه الاشتغال به، وهذا حجة على من قال: إن التخلي للعبادة أفضل من [٣٣٢/ب] النكاح.

والمراد بالاعتدال ههنا: حالة القدرة على الوطء والمهر والنفقة مع عدم الخوف من الزنا والجور وترك الفرائض والسنن، فلو لم يقدر على واحد من الثلاثة، أو خاف واحداً من الثلاثة.. فليس معتدلاً، فلم تكن سنة في حقه كذا في «البحر».

(**وينعقد**) بيان للارتباط المذكور؛ أي: يحصل شرعاً (**بإيجاب وقبول**) معنى الإيجاب: هو الإثبات، ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين: إيجاباً؛ لأنه يثبت للآخر خيار القبول؛ فإذا قبل.. يسمى كلامه قبولاً، ولهذا سمي المتأخر قبولاً.

فإن قيل: قد مر أن الإيجاب والقبول كل منهما جزئي النكاح والباء تدخل على الآلة، فينافي الجزئية.

أجيب: بأن الباء ليست للاستعانة، بل للملابسة تدخل على الأجزاء، ولو سلم ذلك.. فمعناه في الحقيقة أنه يحصل شرعاً بارتباط الإيجاب والقبول ارتباطاً شرعياً، فالباء داخلة بين الحصول والتحصيل، ومن البيّن: أن الثاني سبب للأول.

كِلَاهُمَا بِلَفْظِ الْمَاضِي، أَو أَحدهمَا؛ كزوِّجني، فَقَالَ: زوَّجتُ،...............

وفي «النهاية» عن بدر الورسكي: النكاح عبارة عن معنى شرعي يثبت في المحل، وقولنا زوجت وتزوجت: آلة انعقاد ذلك المعنى، وقوله: «بالإيجاب والقبول» يشير إلى هذا المعنى؛ لأن الباء تدخل على الآلة. انتهى.

ثم أشار إلى شرط هذا الانعقاد بقوله: (**كلاهما بلفظ الماضي**)؛ مثل: زوجت وتزوجت، (**أو أحدهما**) بلفظ الماضي والآخر بلفظ الاستقبال (**كزوجني**) وهو مستقبل؛ لأن الأمر طلب الفعل في المستقبل، وهذا إيجاب؛ لأن لفظ الأمر في النكاح إيجاب كما في الطلاق، حتى إذا قالت المرأة: طلقني على ألف، فقال الزوج: طلقت.. يكون بائناً بلا توقف على قول المرأة: «قبلت»، وكذلك في الخلع والكفالة بالنفس أو بالمال.

ولو قال الرجل: اكفل لي بنفس فلان أو بما لي عليه، فقال الرجل: كفلت به.. تمت الكفالة بلا توقف على القبول.

(**فقال**) الآخر: (**زوجت**) وهو قبول.

ويجوز أن يكون أحدهما مضارعاً والآخر ماضياً أيضاً، على ما في «قاضي خان»؛ حيث قال: يكون النكاح على وجه الاستقبال: بأن يقول الرجل للمرأة: أتزوجك على كذا، فتقول المرأة: قبلت.

أو يكون بلفظ الأمر بأن يقول الرجل: زوجيني نفسك مني بكذا، فتقول: زوجت.

وإنما شرط لفظ الماضي؛ لأن النكاح إنشاء تصرف شرعي.. فلا يعرف إلا من قبل الشرع، والشرع قد استعمل الموضوع للأخبار الماضوية لغة في الإنشاءات؛ ليدل على التحقق والثبوت فينعقد به، وهذا المعنى موجود فيما إذا كان أحدهما ماضياً فقط أيضاً؛ لأن قوله: «زوجيني» توكيل وإنابة، وقولها: «زوجتك» قبول وامتثال لأمره.. فينعقد به النكاح؛ لأن الواحد يتولى طرفي النكاح؛ لأن حقوق

وَإِن لم يعلمَا مَعْنَاهُمَا.

النكاح ترجع إلى الزوجين، والعاقد سفير محض، بخلاف البيع؛ حيث لا ينعقد بقوله: «بعني»، فقال: «بعتك» ما لم يقل قبلت أو اشتريت؛ لأن البيع لا يتولى الواحد طرفيه.

فإن قيل: لو كان هذا توكيلاً.. لما اقتصر على المجلس.

أجيب: بأنه توكيل [٣٣٣/أ] في ضمن الأمر بالفعل، فيكون قبوله بتحصيل الفعل في المجلس؛ فإذا قام قبل الفعل.. فقد قام قبل القبول، فيبطل.

(**وإن لم يعلما معناهما**)؛ أي: معنى لفظهما؛ سواء كان عربياً أو فارسياً، وسواء علما بأن لفظهما مما ينعقد به النكاح أو لا؛ لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يشترط لأجل القصد والإرادة، فكل عقد يستوي فيه الهزل والجد.. لا يشترط فيه العلم بمضمونه؛ كالطلاق والعتاق والتدبير والنكاح، بخلاف البيع ونحوه.

وأما الخلع.. فاختلفوا فيه:

قال بعضهم : إذا لم يعرف معنى اللفظ ولم يعلم أن هذا لفظ الخلع فيما بين الناس.. لا يصح الخلع على الصحيح.

وقيل: ينبغي أن يقع الطلاق، ولا يبرأ الزوج عن المهر ونفقة العدة فيما إذا خولعت على مهرها ونفقة عدتها، كذا في «قاضي خان».

وقال في «خزانة الفتاوى»: ولو عقد عقد النكاح بلفظ لا يفهمان كونه نكاحاً، هل ينعقد؟

اختلف المشايخ:

قال بعضهم: ينعقد، وقال بعضهم: لا ينعقد.

وقال في «الخلاصة»: لُقِّنت المرأة: «زوجت نفسي من فلان» بالعربية - وهي لا تعرف أيّ شيء هذا - وقبل فلان، وذلك بمحضر من الشهود، والشهود يعلمون أو لا يعلمون.. صح النكاح كالطلاق، وقيل: لا يصح كالبيع. انتهى.

وَلَو قَالَ: (دادي أَو پذيرفَتم) فَقَالَ: (داد أَو پذيرفت) بِلَا مِيم.. صَحَّ كَبيع وَشِرَاء.

ولو قال عند الشهود: (مَاذِن شويم).. لَا يَنْعَقد.

وفي «البزازية»: والفتوى على أنه يصح، وهل ينعقد نكاح المكره؟

ففي «الفتاوى»: أنه ينعقد.

(**ولو قال: دادي أو پذيرفتم، فقال: دادا أوپذيرفت بلا ميم.. صح**)؛ أي: إذا قيل للمرأة: خوبشتن ترا بذني بفلان دادي، فقالت في جوابه: داد، ثم قيل للآخر: پذيرفتى، وقال پذيرفت بلا ميم.. يصح النكاح، وإن لم يقولا دارم وپذيرفتم مع ميم، والاحتياط أن يقولا بالميم، على ما في «المضمرات».

(**كبيع وشراء**)؛ أي: إذا قيل للبائع: فروختي، فقال: فروخت، ثم قيل للمشتري: خريدي، فقال: خريد.. يصح البيع وإن لم يقولا فروختم خريدم.

(**ولو قال عند الشهود ماذن شويم.. لا ينعقد**)؛ لأنه إقرار بالنكاح، والإقرار: إخبار عن أمر متقدم، ولم يتقدم النكاح.. فلا يصح الإخبار ، وكذلك إذا أقرا ببيع لم يكن، ثم أجاز.. لم يجز.

وعن «منتخب الفتاوى الصغرى»: أنه لا يكون نكاحاً عند البعض.

وقال في «قاضي خان»: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن أقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد.. لا يكون نكاحاً، وإن أقرت المرأة أنه زوجها وأقر الرجل أنها امرأته.. يكون ذلك نكاحاً، ويضمن إقرارهما بذلك إنشاء النكاح بينهما، بخلاف ما إذا أقر بعقد لم يكن؛ لأن ذلك كذب محض، وهذا كما قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل لامرأته «ليست لي بامرأة» ونوى به الطلاق.. يقع ويجعل كأنه قال: لست لي بامرأة؛ لأني قد طلقتك.

ولو قال: «لم أكن تزوجها» ونوى به الطلاق.. لم يقع؛ لأن ذلك كذب محض لا يمكن تصحيحه.

وَإِنَّمَا يَصحُّ بِلَفْظِ: نِكَاحٍ، وتزويجٍ، وَمَا وضع لتمليكِ الْعينِ فِي الْحَال؛ كَبيعٍ وَشِرَاءٍ وَهبةٍ وَصدقَةٍ وتمليكٍ.. ....

(**وإنما يصح**) النكاح بعد تحقق سائر الشروط (**بلفظ نكاح، وتزويج، وما وضع لتمليك العين في الحال كبيع وشراء**) بأن يقول: بعتك نفسي أو بعتك ابنتي بكذا، وقال الآخر: اشتريتك بكذا.

وقال بعض مشايخنا: إنه لا ينعقد بها كما قال الشافعي، [٢٣٣/ب] والصحيح: ينعقد على ما في «الكشف».

(**وهبة وصدقة وتمليك**) بأن قال: «تصدقت، ووهبت، وملكت، وجئتك خاطباً، وجعلت نفسي لك»، وكذا لو قال: «كوني امرأتي بمائة»، فقبلت، أو: «أعطيتك مائة على أن تكوني امرأتي» فقبلت، أو: «صرت لي امرأة، أو صرت لك زوجاً» فقبلت.. كان نكاحاً على ما في «البزازية».

وهل يشترط فيه النية أو لا؟

قالوا: إنها لا تشترط لصحته مطلقاً، سواء كان بالصريح من ألفاظه؛ كلفظي النكاح والتزويج، أو بكنايته مما وضع لتمليك العين، وسواء ذُكر معه مهر أو لم يذكر، لكن ذكر السرخسي: أنه إن ذكر معه مهر.. لم يحتج إلى النية؛ لعدم اللبس، وإن لم يذكر.. يحتاج إلى النية.

والصحيح: أنه لا يحتاج إليها مطلقاً، ولكنه شرط في الهبة أن يطلب الزوج منها هبة، حتى لو طلب منها التمكن من الوطء، فقالت: وهبت نفسي منك، وقبل الزوج.. لا يكون نكاحاً على ما في «المحيط» و«الكشف» و«التلويح». هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يصح بغير لفظ النكاح والتزويج؛ لأن غيرهما من الألفاظ المذكورة ليست بموضوعة للنكاح، ولا سبيل إلى المجاز لعدم المناسبة؛ لأن التزويج والنكاح للتلفيق والضم، ولا تلفيق ولا ضم بين المالك والمملوكة، وبين

الموهوب له والموهوبة، حتى لا يراعى فيها إلا مصالح المالك والموهوب له، بخلاف النكاح؛ فإنه يراعى فيه مصالح المتناكحين.

قلنا: الثابت بالنكاح: هو ملك المتعة، وما ثبت بما وضع لتمليك العين: هو ملك الرقبة، وهو سبب لملك المتعة، والسببية من أقوى علامات المجاز.. فوجد المناسبة، ولأن النكاح والتزويج لا يدلان على الملك لغة، وتلك تدل عليه لغة، فكانت أولى منهما، وإنما يصح بهما النكاح مع عدم دلالتهما على الملك لغة؛ لكونهما علمين لهذا العقد في عرف الشرع، ولا يجب في الأعلام رعاية المعنى اللغوي، ولأن النكاح بلفظ الهبة انعقد في حق النبي ﷺ لقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾.. الآية، فكذا ينعقد في حق غيره أيضاً؛ لأن المجاز لا يختص بحضرة الرسالة.

فإن قيل: يختص به؛ لقوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾.

قلنا: الخلوص والاختصاص في الحكم لا في اللفظ؛ أي: صحة النكاح بالهبة مع عدم وجوب المهر مخصوصة لك، وأما في غيرك.. فالمهر واجب.

فإن قيل: إن ملك العين متى ورد على ملك النكاح.. أفسده، فكيف يثبت النكاح بهذه الألفاظ الدالة على إفساد النكاح؟

أجيب عنه في «النهاية»: بأن قال: إن ملك الرقبة لا يفسد ملك المتعة من حيث إنه يحرم وطء امرأته عليه، ولكن من حيث إن في ملك الرقبة إبطال مالكية المرأة؛ فإن للمنكوحة ضرب ملك على الزوج في موجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل... وغيرها، فعند ورود ملك الرقبة.. يصير الرجل مالكاً محضاً، والأمة مملوكة محضة، ونحن لم نجعل هذه الألفاظ كناية [٣٣٤/أ] عن النكاح إلا من حيث إنه سبب لملك المتعة إذا ثبت حقيقة، ومن هذا الوجه: لا يبطل بحقيقة ملك الرقبة، فلم يكن بينهما منافاة، فصلح للاستعارة. انتهى.

لَا بِإِجَارَةٍ وإِعارةٍ وَإِبَاحَةٍ وَوَصِيَّةٍ.

وإليه أشار في «الأسرار» أيضاً.

(لا بإجارة)، وعن الكرخي: أنه ينعقد بها؛ لأن المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة، وإن جعل في حكم العين، ولأن الله تعالى سمى العوض أجراً في قوله تعالى: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، وهذا يدل على أن النكاح بمنزلة الإجارة، والصحيح: ما في الكتاب؛ لأن الإجارة لا تنعقد شرعاً إلا مؤقتة، والنكاح لا ينعقد إلا مؤبداً.. فكان بينهما تناف، فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر، لكن هذا إذا كان الآجر غير المرأة؛ بأن يقول الأب: أجرتك بنتي بكذا.

وأما إذا كانت المرأة نفسها آجرة.. فينبغي أن ينعقد إجماعاً - على ما في «الزيلعي» - لأنه حينئذ يفيد ملك الرقبة.

(وإعارة) خلافاً للكرخي أيضاً، والصحيح: ما في الكتاب؛ لما ذكرناه.

(وإباحة) وإحلال؛ لأنهما لا يوجبان الملك أصلاً؛ لأن من أباح لغيره طعاماً أو أحل له.. لا يملكه، وإنما يتلفه على ملك المبيح.

(ووصية)؛ لأنها توجب الملك مضافاً إلى ما بعد الموت، فيكون مؤقتاً فينافي النكاح، وهذا في الوصية المطلقة بأن قال: أوصيت لك بابنتي، وفي الوصية المقيدة بما بعد الموت بأن قال: أوصيت بابنتي لك بعد موتي.

وأما: «أوصيتك بابنتي في الحال».. ينعقد؛ لأنه تمليك للحال، كذا في «الزيلعي» و«قاضي خان».

وكذا لا ينعقد بلفظ التمتع والإجازة - بالزاي المعجمة - والرضاء والإبراء والوديعة ونحوها؛ لعدم إفادتها الملك.

واختلف في لفظ السَّلَم، قيل: ينعقد، وقيل: لا.

وكذا اختلف في لفظ الصرف والقرض، وكذا في لفظ الجُعل، والصحيح: أنه ينعقد به على ما في «الزيلعي».

وَشُرِطَ:
سَماعُ كلٍّ مِنَ الْعَاقِدَين لفظَ الآخرِ.

وهل ينعقد النكاح بالتعاطي؟

فيه خلاف: قال في «البزازية» عن صاحب «الهداية» في امرأة زوجت نفسها بألف من رجل عند الشهود، فلم يقل الزوج شيئاً، لكن أعطاها المهر في المجلس: أنه يكون قبولاً، وأنكره صاحب «المحيط»، وقال: لا، ما لم يقل بلسانه قبلت، بخلاف البيع؛ لأنه ينعقد بالتعاطي، والنكاح لخطره لا، حتى يوقف على الشهود، وبخلاف إجازة نكاح الفضولي بالفعل، لوجود القبول ثمة. انتهى.

وقالوا: كل لفظ لا ينعقد به النكاح.. يحصل به الشبهة، حتى يسقط به الحد ويجب مهر الأقل من المسمى ومهر المثل بالدخول بها.

(**وشُرِط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر**)؛ حتى لو سمع أحدهما دون الآخر.. لم يصح النكاح كما في سائر العقود؛ لأن عدم سماع أحدهما بمنزلة غيبته، ثم السماع أعم من أن يكون:

حقيقياً؛ كما إذا كان المتعاقدان حاضرين، حتى لو كتب أحد الحاضرين «تزوجتك»، فكتبت: «قبلت».. لم ينعقد النكاح.

أو يكون **حكمياً** كما إذا كان المتعاقدان غائبان، فكتب رجل وأشهد جماعة، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة فقرأته عندهم فقبلت.. ينعقد به النكاح؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر.

وفي «الخلاصة»: قال محمد: إذا كتب إليها ليخطبها فزوجت [٣٣٤/ب] نفسها منه.. كان صحيحاً، والأصل في ذلك: أن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر، إلا أن الكتاب من الغائب مع الخطاب من الحاضر يفترقان من وجه؛ فإن الحاضر إذا خطبها، فلم تجبه في مجلس الخطاب وأجابته في مجلس آخر.. لا يصح النكاح، وإذا بلغها الكتاب وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في ذلك

وَحُضُورُ حُرَّيْنِ، ....

المجلس، وإنما زوجت نفسها منه في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمع الشهود كلامها وما في الكتاب أيضاً.. يجوز النكاح.

وإذا بلغها الكتاب فقالت: زوجت نفسي من فلان، وكان ذلك بمحضر من الشهود.. لا ينعقد النكاح وإن بلغه الخبر، وأجاز عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن سماع الشهود كلام المتعاقدين شرط انعقاد النكاح، فالشهود وإن سمعوا كلامها.. لم يسمعوا كلام الزوج.

ولو قرأت الكتاب على الشهود، أو قالت: إن فلاناً كتب إلي يخطبني فاشهدوا أني قد زوجت نفسي منه.. صح النكاح.

وإذا أرسل إليها رسولاً.. فالحر والعبد والصغير والكبير والعدل والفاسق في ذاك سواء؛ لأن الرسالة تبليغ عبارة المرسل. انتهى.

وهكذا ذكره في «فتح القدير»، وقال نقلاً عن «المصفى» هكذا: هذا إذا كان المكتوب بلفظ التزوج، وأما إذا كان بلفظ الأمر كقوله: زوجي نفسك مني.. لا يشترط إعلامها الشهود بما في الكتاب؛ لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة. انتهى.

(و) شرط أيضاً (**حضور حرين**)؛ أي: عند العقد لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بالشهود».

فإن قيل: كيف يجوز تخصيص عموم قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ بخبر الواحد.

قلنا: إنه حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول، على ما ذكره في «المبسوط»، فيجوز الزيادة بمثله على الكتاب، ولأن الكتاب عام خص منه المحرمات، فيجوز بعده تخصيصه بخبر الواحد، وهذا حجة على مالك وابن أبي ليلى وعثمان البتي في اشتراطهم الإعلان دون الشهود، حتى لو أعلنوا بحضور الصبيان والمجانين.. صح.

أَو حُرٍّ وحُرَّتَينِ، مكلَّفَينِ، مُسلمَينِ إِن كانتِ الزَّوْجَةُ مسلمةً، سَامِعَينِ مَعاً لَفْظَهمَا، ....

ولو أمر الشهود أن لا يعلنوا العقد.. لم يصح؛ لقوله ﷺ: «أعلنوا النكاح ولو بالدف».

قلنا: الإعلان يحصل بحضور الشاهدين حقيقة.

وإنما اعتبر الحرية؛ لأن العبد لا شهادة له؛ لعدم الولاية؛ قناً أو مدبراً أو مكاتباً.

(**أو حر وحرتين**) فيه إشارة إلى أن وصف الذكورة ليس بشرط، خلافاً للشافعي بناء على أصله: أن شهادة النساء في غير المال وتوابعه غير مقبوله عنده، على ما سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى، وإلى أن شهادة النساء وحدهن لا تجوز. على ما في «الخلاصة».

(**مكلفين**) فيه إشارة إلى اشتراط العقل والبلوغ؛ لأن الصبي والمجنون ليسا من أهل الولاية؛ لعدم نفوذ قولهما على الغير، فلا تقبل شهادتهما.

(**مسلمَين إن كانت الزوجة مسلمة**)؛ لأنه لا شهادة للكافر على المسلم؛ لعدم ولايته عليه لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾.

وفي «البزازية»: والأصل ههنا: أن من صلح في النكاح ولياً بنفسه.. صلح شاهداً فيه [٣٣٥/أ] كالأعمى، والأخرس الذي يسمع، والفاسق، والمحدود في القذف، والمغفل.. لا العبد والكافر والصبي والمجنون والمكاتب.

وزاد عليها في «الخلاصة»: شهادة المدبرين والنساء وحدهن والنائمَين.

(**سامعين معاً لفظهما**)؛ أي: لفظ المتعاقدين.

وفي «الخلاصة»: إذا تزوج امرأة بالعربية والزوج والمرأة يحسنان العربية.. والشهود لا يعرفون العربية.. اختلف المشايخ فيه، قال في «المحيط»: الأصح: أنه ينعقد.

وعن محمد: إذا تزوج امرأة بشهادة هنديين لم يفهما ولم يمكنهما أن يعبرا.. لم يجز، وهذا خلاف الأصح.

وفي «النوازل» عن محمد أيضاً: إن أمكنهما أن يعبرا ما قالا.. جاز.

وسماع كل من العاقدين كلام الآخر شرط، ولا يشترط سماع الشاهدين كلامهما، حتى لو حضرا وهما أصمَّان.. ينعقد النكاح بحضرتهما؛ لأن الشرط: حضور الشهود دون السماع.

وعامة المشايخ قالوا: لا يجوز، وشرطوا السماع. كذا في «البزازية».

وهل يشترط معرفة الشهود المرأة ورؤية وجهها؟

ففي «الخلاصة»: امرأة وكَّلت رجلاً بأن يزوجها من نفسه، فقال الوكيل: اشهدوا أني قد تزوجت فلانة من نفسي:

إن لم يعرف الشهود فلانة.. لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدها.

وإن عرف الشهود فلانة وعرفوا أنه أراد به تلك المرأة.. يجوز وإن لم يذكر أباها وجدها. كذا في «الفتاوى».

وفي «قاضي خان» عن الخصاف: رجل طلب من امرأة أن يجعل أمرها في النكاح في يده ليزوجها من نفسه على صداق كذا ففعلت، فقال الوكيل بمحضر من الشهود: زوجت من نفسي امرأة جعلت أمرها في النكاح بيدي على كذا من الصداق، وهو كفؤ المرأة.. فإنه يجوز هذا النكاح.

وقال شمس الأئمة الحلواني: هذا قول الخصاف؛ أما على قول مشايخنا ومشايخ بلخ: لا يجوز ما لم يذكر اسمها ونسبها، ثم قال شمس الأئمة: إن خصافاً كان كبيراً في العلم يجوز الاقتداء به.

وفي «فتاوى البقالي»: إذا لم ينسبها الزوج ولم يعرفها الشهود.. وسعه فيما بينه

فَلَا يَصِحُّ إِن سمعا مُتَفَرِّقِينَ.

وبين ربه، ولو لم ينسبها إلى أبيها وجدها.

أخوها قال: «زوجت أختي» - ولم يسمها - وله أخت واحدة، أو سماها إذا كانت له أختان.. جاز، وهذا إذا كانت المرأة غائبة؛ فإن كانت حاضرة متنقبة ولم يعرفها الشهود، فقال: تزوجت هذه المرأة، وقالت: زوجت.. جاز، هو المختار، والاحتياط أن يكشف وجهها أو يذكر أباها وجدها حتى يكون متفقاً عليه فيقع الأمن من أن يرفع إلى قاضٍ يرى فدلَّ نُصَيْرٍ أنه لا يجوز.. فيبطل النكاح.

هكذا ذكره في «الخلاصة»، ثم قال: ولو قال: اشهدوا أني قد تزوجت المرأة التي في هذا البيت، وقالت المرأة: قبلت، فسمع الشهود مقالتها ولم يروا شخصها؛ **إن كانت المرأة في البيت وحدها**.. جاز النكاح، **وإن كان معها غيرها**.. لا يجوز، وعلى هذا لو وكلت المرأة رجلاً فسمع الشهود قولها ولم يروا شخصها. انتهى.

لا بد أن يحمل مراده في مسألة الوكالة على القضاء، وإلا.. فرؤية الشهود شخص الموكلة ليس بشرط في جواز الوكالة، ولا في جواز النكاح.

ولو أنكرت المرأة التوكيل.. فلا بد للشهادة [٣٣٥/ب] من تمييز، والتمييز لا يكون إلا برؤيتها.

(**فلا يصح إن سمعا متفرقين**)؛ وذلك:

بأن عقدا بحضور واحد، ثم بعد غيبته عقدا بحضور آخر.

أو بأن عقدا بحضورهما في مجلس واحد فسمع أحدهما دون الآخر، فأعاد العقد في ذلك المجلس فسمعه الآخر دون الأول.

أو بأن عقدا بحضورهما في مجلس واحد فسمع أحدهما كلام الزوج والآخر كلام المرأة، ثم أعيد العقد فسمع كلام المرأة من سمع كلام الزوج وسمع كلام الزوج من سمع كلام المرأة.

والأصل هنا: أنهما عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان. كذا في

وَجَازَ كَونُهمَا: فاسقَينِ، أَو محدودَينِ فِي قذفٍ، ....

«البزازية»، حيث قال: وفي «الفتاوى»: تزوج بشهادة رجلين، فسمع أحدهما ولم يسمع الآخر، فأعاد الكلام فسمع الآخر لا الأول.. لا يجوز، وهذا نص على أن سماعهما كلامهما معاً شرط.

ثم نقل عن «المنتقى»: لا يجوز إذا كان العقدان في مجلسين بوجود إشهاد فرد على كل عقد، ولو كان في مجلس.. جاز عند محمد.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز حتى يسمعا معاً. كذا في «الخلاصة».

ثم اشتراط سماع الشاهدين كلام العاقدين اختيار عامة مشايخنا على ما ذكرناه.

واختار بعض مشايخنا: أن الشرط حضور الشاهدين لا سماعهما، حتى لو عقدا عند أصمين أو نائمين.. صح، ومنه قالوا: لو برهنت امرأة على رجل أنه تزوجها أو على العكس، وقضى به القاضي ولم يكن تزوجها.. حل له وطؤها، ولها تمكينه عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لما روي: أن رجلاً أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدي علي رضي الله عنه، فقضى علي بذلك، فقالت المرأة: إن لم يكن لي منه بد.. فزوجني إياه، فقال علي رضي الله عنه: «شاهداك زوَّجاك».

وهل يصح النكاح بلا إذن القاضي، أم لا بد من إذنه؟

قالوا: يصح، ولا حاجة إلى إذنه، لكنه ممنوع من جهة السلطان خوفاً عن التزوير والفساد.

ومع هذا: لو عقدوا بلا إذن القاضي.. ينعقد؛ كما أفتى به مشايخ الإسلام.

قلت: ينبغي أن يعذر الناكح بلا إذن القاضي إن احتمل التزوير، وإلا.. فلا.

(**وجاز كونهما فاسقين أو محدودين في قذف**) من قبيل التخصيص بعد التعميم لنكتة سيأتي ذكرها.

وفيه خلاف الشافعي، وهو يقول: إنه لا ينعقد بحضرة الفاسقين؛ لأن الشهادة من باب الكرامة، والفاسق من أهل الإهانة.

أَو أعميَيْنِ، أَو ابْنِي الْعَاقِدَينِ، أَوِ ابْنَي أَحدِهمَا.

وَلَا يظْهرُ بِشَهَادَتِهِمَا عِنْدَ دَعْوَى الْقَرِيبِ.

قلنا: إنه من أهل الولاية على نفسه، فيكون من أهل الشهادة أيضاً؛ لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه.. لا يحرم على غيره أيضاً - أنه من جنسه - ولأنه أهل للإمامة الكبرى، ومن ضرورة كونه أهلاً لها.. أن يكون أهلاً للقضاء، فيلزمه منه أن يكون أهلاً للشهادة؛ لأنهما من واد واحد.

فإن قيل: فعلى هذا: ينبغي أن تقبل شهادة المحدود في قذف كالفاسق؛ لأنه أهل الولاية لها كالفاسق.

قلنا: ليس المراد من الصلاحية للشهادة ههنا.. صلاحية الإمام، بل المراد صلاحية التحمل للشهادة، والفائت من المحدود في قذف: هو الأداء لا صلاحية التحمل، وهو لا يستلزم صحة الأداء.

(**أو أعميين**) أو نائمين أو سكارى يذكرونه بعد الصحو. كذا في «الأشباه».

(**أو ابني العاقدين أو ابني أحدهما**)؛ أي: يصح النكاح بسماعهما كلام العاقدين وإن لم يصح الأداء.

حتى لو نكحها بحضور [٣٣٦/أ] ابني الزوج فادعى.. لم تقبل شهادة ابنيه له، وإن ادعت هي.. تقبل شهادتهما لهما.

وإن نكحها عند ابني الزوجة؛ فإن ادعت.. لا تقبل شهادتهما لها، وإن ادعى.. تقبل، والنكاح صحيح في جميعها.

وصورة شهادة ابني العاقدين: بأن وقعت الفرقة بينهما، ثم تزوجا بحضور ابنيهما.

(**ولا يظهر**)؛ أي: النكاح عند القاضي (**بشهادتهما**)؛ أي: بشهادة ابني أحد الزوجين، حتى لا يحكم بالمهر وغيره (**عند دعوى القريب**)؛ لتهمة القرب؛ فإذا عقدا بحضور ابني الزوج.. لم تقبل شهادتهما له، وإن بحضور ابني المرأة.. لا تقبل

وَصَحَّ تَزويجُ مُسلمٍ ذِمِّيَّةً عَند ذمِّيين، خلافاً لمُحَمدٍ، وَلَا يظْهرُ بِشَهَادَتِهِمَا إِنِ ادَّعَت.

وَمن أَمرَ رجلاً أَن يُزَوّجَ صغيرتَهُ فَزَوَّجهَا عِنْدَ رجلٍ.. صَحَّ؛ إِن كَانَ الْأَبُ حَاضراً، وَإِلَّا.. فلَا.

شهادتهما لها، وإن بحضور ابنهما.. لا يقبل شهادتهما لهما، وإنما صح النكاح فيها؛ لأن صحته مبنية على تحمل الشهادة - وقد وجد ذلك - لا على أدائها عند القاضي.

(**وصح تزويج مسلم ذمية عند ذميين، خلافاً لمحمد**) وزفر؛ لأن سماع كلام العاقدين في النكاح شهادة، ولا شهادة للكافر على المسلم، فلم يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة، وشرط انعقاده سماع الشاهدين شطري العقد ولم يوجد، فصار كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلام الرجل.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: إن الشهادة في النكاح إنما شرطت لإثبات ملك المتعة على المرأة لإثبات المهر، وكل ما كان كذلك.. فهو شهادة عليها، فالشهادة في النكاح: شهادة عليها، فكانت من قبيل شهادة الذميين على ذمية، وذلك جائز، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام المسلم.. فإنه حينئذ لم يكونا شاهدين على العقد.

(**ولا يظهر**)؛ أي: النكاح عند القاضي (**بشهادتهما**)؛ أي: بشهادة ذميين (**إن ادعت**) الذمية على المسلم؛ لأن شهادة الكافر على المسلم لا تجوز، وتقبل على الذمية.

(**ومن أمر رجلاً أن يزوج صغيرته فزوجها عند رجل.. صح إن كان الأب حاضراً**)؛ لأن الأب يجعل مباشراً، ويكون المأمور شاهداً لاتحاد المجلس، والوكيل في باب النكاح: سفير محض.

(**وإلا.. فلا**) يصح؛ لأنه عند غيبة الأب.. يختلف المجلس، فلا يمكن أن يجعل الأب مباشراً، فلا ينتقل كلام الوكيل إلى الأب فيبقى الرجل وحده شاهداً، وبالشاهد الواحد لا ينعقد النكاح.

وَكَذَا لَو زَوَّجَ الْأَبُ بَالِغَته عِنْدَ رجلٍ؛ إِن حضرت.. صَحَّ، وَإِلَّا.. فَلَا.

(وكذا لو زوج الأب بالغته)؛ أي: بأمرها (عند رجل) واحد (إن حضرت) البالغة (.. صح، وإلا.. فلا)؛ لأنها لو كانت حاضرة.. جعلت البالغة مباشرة والأب مع الرجل يصير شاهداً، بخلاف ما إذا لم يكن.

والأصل في جنس هذه المسائل: أن من أمكن جعله مباشراً حقيقة.. يجعل مباشراً حكماً، وإلا.. فلا، ولهذا جعل؛ كزوج واطئ حكماً بالخلوة الصحيحة، ما لم يكن عاجزاً عن الوطء حقيقة أو شرعاً لعذر، وكذا الجاهل بالأحكام في دار الإسلام جعل عالماً تقديراً؛ لتمكنه من التحصيل، بخلاف ما إذا كان في دار الحرب.

ولهذا: لو زوجت المرأة ابنتها البالغة برضاها بحضرة رجل وامرأة.. جاز بحضورها، وإن كانت غائبة.. لم يجز؛ لما ذكرناه.

وإن كانت البنت صغيرة.. لم يجز، سواء كانت حاضرة أم لا؛ لعدم الانتقال؛ كالأب إذا زوج الصغيرة بحضرة رجل واحد.

ومن هذا: لو وكل رجلاً أن يزوجه امرأة فعقد الوكيل [٣٣٦/ب] بحضرة رجل واحد أو امرأتين؛ فإن كان الموكل حاضراً.. جاز، وإلا.. فلا.

وكذا لو وكلت امرأة رجلاً أن يزوجها فعقد بحضرة رجل أو امرأتين.. جاز إن كانت هي حاضرة، وإلا.. فلا.

ولو وكل رجلاً أن يزوج عبده فزوج الوكيل العبد امرأة بشهادة رجل أو امرأتين والعبد حاضر.. لا يجوز؛ لأن العقد لا ينتقل إليه لعدم التوكيل من جهته.

وإن أذن لعبده أن يتزوج فتزوج بشهادة المولى ورجل آخر معه، قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز؛ لأنه وكيل تنتقل عبارته إلى المولى، فيكون كأنه زوجه بشهادة رجل واحد.

قالوا: هذا ليس بصواب؛ لأنه مخالف لأصل أصحابنا؛ فإن أصلهم: أن العبد يتصرف بأهلية نفسه، والإذن فك الحجر وليس بتوكيل، ولا ينتقل إلى المولى فيصلح شاهداً.

ولو زوج المولى عبده البالغ امرأة بحضرة رجل واحد والعبد حاضر معه.. صح؛ لأن المولى يخرج من أن يكون مباشراً فينتقل إلى العبد، والمولى يصلح أن يكون شاهداً.

وإن كان العبد غائباً.. لم يجز، وعلى هذا: الأمة البالغة.

وقال المرغيناني: لا يجوز، ففي المسألة روايتان، كذا في «الزيلعي».

* * *

(فصلٌ في الْمُحرَّمَاتِ)

يَحرمُ على الرَّجلِ: أُمُّهُ وجدَّتُهُ، وَإِن عَلَتْ.

وبنتُهُ وَبنتُ وَلَدِهِ، وَإِن سفلت.

(فصل في المحرمات)

أي: في بيان من يحرم نكاحه بالنسبة إلى بعض بني آدم.

وأسباب الحرمة تسعة أنواع:

١- القرابة.

٢- والمصاهرة.

٣- والرضاع.

٤- والجمع.

٥- وملك اليمين.

٦- والشرك.

٧- وتقديم الحرة على الأمة.

٨- وقيام حق الغير من نكاح أو عدة.

٩- والطلقات الثلاث.

وسيأتي بيان كل منها:

- **فالأول تسعة أنواع.**

فأشار إليه بقوله: (**يحرم على الرجل:**

١- **أمه** ٢-**وجدته**): أم الأم وأم الأب، (**وإن علت**)، لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ والجدات: أمهات؛ لأن الأم: هي الأصل لغة، فدل على حرمتها دلالة، وعليه انعقد الإجماع.

(٣- **وبنته** ٤- **وبنت ولده، وإن سفلت**)؛ لما تلوناه؛ لأن بنات الولد بنات له.

وَأُخْتُهُ.

وبنتُها وبنتُ أَخِيهِ، وَإِن سفلتا.

وَعَمَّتُهُ وخالتُهُ.

وَأمُّ امْرَأَتِهِ مُطلقاً.

(٥- **وأخته**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَخَوَٰتُكُمْ﴾ وهن أصناف: الأخت لأب وأم، والأخت لأب، والأخت لأم؛ إذ الأختية: عبارة عن المجاورة في صلب أو رحم، فكان الاسم حقيقة في الكل، فكان الأصناف الثلاثة من متناولات النص.

(٦- **وبنتها**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ شامل للأصناف الثلاثة المذكورة.

(٧- **وبنت أخيه**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ﴾ شامل للأصناف الثلاثة أيضاً (**وإن سفلتا**) لعموم ما تلوناه.

(٨- **وعمته ٩- وخالته**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ﴾، سواء كانتا: لأب وأم، أو لأب، أو لأم.

وكذا يحرم عليه: عمات الآباء والأجداد، وعمات الأم والجدات، وإن بعدن.

وكذا يحرم عليه: خالات الآباء والأمهات نكاحاً ووطئاً ودواعيه، كذا في «حاوي القدسي». هذا ما يتعلق بالنوع الأول.

• ثم أشار إلى **النوع الثاني**؛ وهو أربعة أنواع بقوله: (١- **وأم امرأته مطلقاً**)؛ أي: دخل بها أو لم يدخل بعد أن نكحها نكاحاً صحيحاً؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾، ولما روي: «نكاح البنات.. يحرم الأمهات»، وهو المروي عن: ابن عباس وعمران بن حصين وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ويدخل في [٣٣٧/أ] الأم: الجدات على ما ذكرناه.

وقال محمد بن شجاع وبشر الموسى ومالك: إن أم الزوجة لا تحرم بمجرد النكاح ما لم يدخل بها، وهو المروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهم لقوله

وَبنتُ امْرَأَةٍ قَدَ دخلَ بهَا.

تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ ذكر أمهات النساء وعطف عليهن الربائب، ثم أعقبها بذكر الشرط - وهو: الدخول - فينصرف الشرط إليهما، وهو الأصل في الشرط، فتتقيد حرمتهما بالدخول.

قلنا: قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ مطلق عن الدخول، وهو كلام تام منفصل عما بعده، فلا يتعلق به، وهو الأصل.

وقولهم: «ينصرف الشرط إليهما وهو الأصل».

قلنا: ذلك في الشرط الاصطلاحي، وأما في الصفة المذكورة في آخر الكلام.. فالأصل فيها: أن تنصرف إلى ما يليها فإنك إذا قلت: جاء زيد وعمرو العالم.. تقصر الصفة على المذكور آخراً، على أنه لا يجوز أن تكون صفة لهما هنا؛ لأن العامل في: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ الإضافة، وفي: ﴿نِسَآئِكُمْ﴾ حرف الجر، ولو كان صفة لهما.. لزم توارد العاملين المختلفين على معمول واحد - أعني: الصفة - لأن العامل في الموصوف هو العامل في الصفة.

وفي «الخلاصة» عن «الأصل»: أم المرأة حرام على الرجل، وتحرم بنفس العقد، والدخول ليس بشرط، حتى لو تزوج امرأة - أي: نكاحاً صحيحاً - وطلقها قبل الدخول.. ليس له أن يتزوج بأمها، وكذا لو ماتت المرأة قبل الدخول بها، ويحل له أن يتزوج بابنتها في الوجهين.

وإنما قيدنا النكاح ب-«الصحيح»؛ لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول، حتى لو تزوج امرأة نكاحاً فاسداً، ثم تركها.. له أن يتزوج أمها على ما في فصل النكاح الفاسد من «الخلاصة».

(٢- **وبنت امرأة قد دخل بها**)؛ لثبوت قيد الدخول بالنص فيما تلوناه.

والمراد بالدخول في النص: الجماع، على ما صرح به في «البحر» نقلاً عن «الكشاف» وكذا المراد به في قول المصنف وسائر مشايخنا ههنا، ويدل عليه قوله ﷺ «وطء الأمهات يحرم البنات»، وكذا المراد بالدخول في قوله ﷺ: «من تزوج امرأة حرمت عليه أمها؛ دخل بها أو لم يدخل، وحرمت عليه بنتها إن دخل بها» بمعنى الوطء؛ بقرينة ما رويناه؛ لأن بعض النصوص يفسر بعضاً، ولا يضره عموم الدخول في قوله: «دخل بها أو لم يدخل» تأمل.

وإنما أطلقه ليشمل ما كانت في حجر الزوج وما لا تكون فيه، وقيدُ الحجر فيما تلوناه خرج مخرج العادة - فإن العادة أن تكون البنات في حجر زوج أمها - لا مخرج الشرط، ولهذا اكتفي في موضع الإحلال بنفي الدخول في قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾، ولو كان الحجر شرطاً.. لما اكتفى به.

فإن قيل: يجوز أن تكون علة الحرمة مجموع الدخول والحجر، ثم تنتفي الحرمة بانتفاء أحد جزأي العلة، فلا يكون ثبوت الإباحة عند انتفاء الدخول دليلاً على أن الحجر ليس بشرط في الحرمة.

قلنا: نعم، إن الحكم المتعلق بالشرطين ينتفي بانتفاء أحدهما، لكن لا نسلم أن الحرمة ههنا متعلقة بالشرطين؛ [٣٣٧/ب] لأن العادة في أمثاله في مقام النفي: نفي الجزئين معاً، أو نفي العلة مطلقاً؛ فإنه لا يقال انتفى حرمة الربا بانتفاء جزء العلة؛ أعني: الجنسية أو القدر، بل يقال: انتفى لانتفاء الجنس والقدر، أو يقال: لانتفاء العلة مطلقاً، وفيما نحن فيه: لما اكتفى بنفي المعين؛ أعني: الدخول.. علم أنه هو المناط وحده.

ويدخل في البنات: بنات أولاد المرأة وإن سفلن، على ما في «الحاوي».

والخلوة بالمنكوحة هل هي كالدخول بها حتى تحرم البنت؟

ففي مسائل الخلوة من «الخلاصة» عزوا إلى «الأجناس»: إذا خلا بامرأته وهو محرم بحجة فرض أو نافلة أو في صوم رمضان، ثم طلقها.. له أن يتزوج بابنتها.

وقال أبو يوسف: لا يحل له أن يتزوج إذا طلق الأم، ثم قال: وجملته: أن الخلوة توجب كمال المهر والعدة وثبوت النفقة والنسب والسكنى في هذه العدة، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها والأمة ما دامت العدة باقية، ولا توجب الإحصان والإباحة للزوج الأول، وفي تحريم البنت عليه بعد الخلوة بالأم.. اختلفت الروايات. انتهى.

ومراده بالخلوة ههنا: هي الخلوة الصحيحة، وسيأتي بيانها في باب المهر إن شاء الله تعالى.

قال ابن شحنة في «شرح المنظومة»: إن الخلوة الصحيحة لا تقوم مقام الوطء في اثني عشر حكماً:

الأول: حرمة البنات؛ فإنه لا يحرم بنات المرأة عليه بالخلوة الصحيحة التي تصادقا على عدم الوطء فيها.

ثم استشكل، وقال: وعندي في هذا نظر؛ لأنهم بالخلوة أوجبوا العدة، والعدة إنما شرعت لصون الماء واستبراء الرحم؛ لما أن الخلوة قائمة مقام الوطء، وهو المعلق به التحريم في الآية؛ ولأنهم أثبتوا حرمة الزوجة لمسه ابنته منها وهو يظنها الأم التي هي زوجته.

والخلوة لا تخلو عن مس أو تقبيل غالباً وإن خلت عن الجماع، اللهم إلا أن تحمل الخلوة على الخلوة المجردة عن المس بشهوة، فصار الحاصل أن الخلوة المجردة عن الوطء والمس بشهوة والتقبيل.. لا تقوم مقام الوطء.

والثاني: حرمة الميراث؛ يعني: أنها لا ترثه بالخلوة إذا مات وهي في العدة، وقيل: ترثه.

والثالث: الإحصان؛ يعني: لا يصير بذلك محصناً، ولا محصنة.

والرابع: أنها لا تحل لمن طلقها قبله ثلاثاً.

والخامس: لا يسقط حقها من حبس نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر المتعارف «التعجيل».

والسادس: أنه لا يراجعها في العدة.

والسابع: أنه لو طلقها في العدة.. فقد قيل: لا يقع، وقيل: يقع.

والثامن: عدم وجوب الغسل.

والتاسع: بقاء الخيار في العنين - ومن بمعناه - عند مضي السنة قرانه لا يسقط بها.

والعاشر: عدم وجوب الكفارة عليه لو كانت في رمضان.

والحادي عشر: لا يكون فيئاً في الإيلاء، ولا يحنث في يمينه بها، ولا يقيد بها، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يطأ.. يقع الطلاق البائن.

والثاني عشر: أن العبادات التي تصدر عن الزوج في الخلوة إذا كانت مما يبطل بالجماع.. لا تبطل، وتكون صحيحة كالإحرام والصوم والاعتكاف [٣٣٨/أ].

هذا وأما الأحكام التي تقوم الخلوة مقام الوطء.. فهي عشرة على ما ذكره في «شرح المنظومة»:

الأول: لزوم كمال المهر المسمى أو المثل.

والثاني: ثبوت النسب.

والثالث: وجوب النفقة.

والرابع: لزوم السكنى فيها.

والخامس: وجوب العدة.

وَامْرَأَةُ أَبِيهِ، ....

والسادس: حرمة نكاح أختها في العدة.

والسابع: مراعاة وقت الطلاق في حقها.

والثامن: حرمة نكاح أربع سواها في عدتها.

والتاسع: حرمة نكاح الأمة عليها في مدة العدة من طلاق بائن.

والعاشر: أنه لو عقد عليها بعد ذلك والحال أنها بكر.. فإنما يعقد عليها كما يعقد على الثيبات، حتى لا يكتفى بضمانها في الإذن.

هذا، وصرح في «البزازية» خلاف العاشر؛ حيث قال: إنها تتزوج كالأبكار.

(٣- وامرأة أبيه) - أعم من منكوحته نكاحاً صحيحاً - دخل بها الأب أو لا؛ لثبوت الحرمة هنا بنفس العقد بالإجماع، ولا يشترط الدخول على ما في «الخلاصة».

ومن موطوءته أيضاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾؛ فإن النكاح فيه أعم من العقد الصحيح ومما يفضي هو إليه من الوطء ودواعيه - كالقبلة والمس بشهوة - وعليه انعقد الإجماع.

وأما العقد الفاسد.. فلا يثبت به الحرمة قبل الدخول بها؛ لكونه سبباً للوطء، فلا يصح إقامته مقام الوطء كما في العقد الصحيح، فيجوز نكاح امرأة ابنه بالنكاح الفاسد قبل الوطء، وكذا يجوز نكاح بنت مزنية أبيه، كما جاز له نكاح بنت مزنية ابنه، على ما وقع عليه الفتوى.

وحرمة المصاهرة إنما تمنع نكاح مزنية أبيه أو ابنه على ما سيأتي.

ولو اشترى جارية من ميراث أبيه.. يحل له وطؤها حتى يعلم أن الأب وطئها.

ولو كان لرجل جارية، وقال: وطئتها.. لا يحل لابنه وطؤها.

وَإِن علا.

وَامرأَةُ ابْنِهِ، وَإِن سفلَ.

وَالْكلُّ رضَاعاً.

ولو كانت في غير ملكه.. يحل لابنه أن يطأها، إلا أن يصدق أباه، كذا في «شرح النقاية» للشمني.

والمراد بالأب هنا: أعم من النسب والرضاع، على ما سيأتي.

(**وإن علا**) من أجداده لعموم الأب فيما تلوناه وللإجماع أيضاً.

(٤- **وامرأة ابنه وإن سفل**)؛ أي: نسباً أو رضاعاً، دخل بها الابن أو لا.

وكذا يحرم نكاح أمة ابنه التي وطئها الابن، على ما في محرمات «قاضي خان».

وكذا يحرم عليه نكاح مزنية ابنه، ولا يحرم امرأة ربيبه، على ما وقع عليه فتاوى مشايخ الإسلام؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾، والمراد بالابن: الفرع، فيتناول حليلة ابن الابن وابن البنت، وذكر الأصلاب ليس لإحلال حليلة الابن من الرضاع؛ لأنه «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**»، بل لإحلال حليلة الربيب ولإسقاط اعتبار التبني، هذا ما يتعلق بالمصاهرة.

• ثم شرع في بيان **النوع الثالث** بقوله: (**والكل رضاعاً**)؛ أي: يحرم عليه جميع من تقدم ذكره من الرضاع؛ كما يحرم من النسب والصهرية، لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾، ولقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، فيحرم عليه أمه وبنته وأخته وعمته وخالته وأم امرأته وبنتها، كلها رضاعية.

وكذا يحرم عليه البنات [٣٣٨/ب] الرضاعية لأخته الرضاعية، وبنات النسبية لأخته الرضاعية، وبنات الرضاعية لأخته النسبية.

على ما في «شرح الوقاية».

وَالْجمعُ بَينَ الْأُخْتَيْنِ نِكَاحاً ....

وكذا البنات الرضاعية لأخيه الرضاعي، والبنات النسبية لأخيه الرضاعي، والبنات الرضاعية لأخيه النسبي، وكذا يحرم عليه امرأة الابن والأب الرضاعيين، وكذا يحرم عليه أم أخيه الرضاعي، والبنت الرضاعية لمزنيته.

• وشرع في بيان **النوع الرابع** بقوله: **(والجمع بين الأختين)** من جهة النسب أو الرضاع. على ما في «العناية».

(نكاحاً)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾، ولقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر.. فلا يجمعن ماءه في رحم أختين»، ولأن الجمع بينهما إذا كانا من النسب.. يفضي إلى قطيعة رحم، وعليه انعقد الإجماع.

وفيه إشارة: إلى أن الجمع بين الأختين لا يتصور في عدة الوفاة.

ولهذا قال في «الخلاصة»: إذا ماتت امرأة الرجل فتزوج بأختها بعد يوم.. جاز، وكذا في «الفتاوى»، فظهر فساد ما في «شرح النقاية» للقهستاني عزوا إلى «النتف» من أن عدة الوفاة تمنع جمع الأختين أيضاً.

قال في «النتف»: وأما العدة في جميع الفرق كلها - من قبل الرجل أو المرأة، في طلاق رجعي أو بائن، واحدة كان الطلاق أو ثنتين أو ثلاثاً، في نكاح صحيح أو فاسد أو شبهة، أو وطء صحيح أو فاسد أو بشبهة، أو عدة وفاة أو غير ذلك - فإنها تمنع نكاح الغير، ولا تمنع نكاح الذي تعتد منه، إلا أن تكون حرمت عليه بثلاث إن كانت حرة، وثنتين إن كانت أمة. انتهى.

ولا يخفى عليك أن مراده: بيان أن العدة مطلقاً - وفاة أو غيرها - تمنع نكاح تلك المرأة إلى الغير، لا بيان أنها تمنع الجمع على ما ظنه القهستاني.

وكما لا يجوز الجمع بين الأختين نكاحاً ولو في عدة أحدهما.. كذلك لا يجوز الجمع بين امرأة وبنت أختها.

قال في «الحاوي القدسي»: يحرم الجمع في النكاح بين امرأتين لو قدر واحدة

وَلَو فِي عدَّةٍ مِن بائنٍ أَو رَجْعِيّ، أَو وطئاً بملكِ يَمِينٍ.

فَلَو تزوَّجَ أُخْتَ أَمتِهِ الَّتِي وَطئهَا.. لَا يطأ وَاحِدَةً مِنْهُمَا..............

منهما ذكراً والأخرى أنثى.. لم يحل النكاح بينهما، وكذا لا يجوز أن يتزوج أحدهما في عدة الأخرى. انتهى.

(ولو) كان النكاح (**في عدة من بائن أو رجعي**)؛ وقال الشافعي: إن كانت العدة عن طلاق بائن - وهو عنده: إنما يكون بالمال - أو بالثلاث.. يجوز لانقطاع النكاح بالكلية.

قلنا: إن النكاح الأول قائم من وجه؛ لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع من الخروج والتزوج والفراش حتى يثبت نسب ولدها منه، فيكون جمعاً من وجه، فيحرم احتياطاً.

(**أو وطئاً بملك يمين**) لما تلوناه ورويناه، وهذا مذهب علي رضي الله عنه أخذه عامة مشايخنا.

وقال عثمان رضي الله عنه: يجوز الجمع وطئاً؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾.

قلنا: إنها خصت بما تلوناه، وقد قال علي رضي الله عنه: أحلتهما آية وحرمتهما آية، فالأخذ بالمحرم أولى احتياطاً، وفيه إشارة إلى ما في «الخلاصة» عن الإمام النسفي: رجل وطئ أخت امرأته.. لا تحرم عليه امرأته. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: إذا وطئ الرجل أخت امرأته بشبهة.. تجب العدة على الموطوءة وما لم تنقض عدتها.. لا يحل له أن يطأ المنكوحة. انتهى.

فظهر من هذين النقلين أن وطء أخت امرأته لا يوجب حرمة المصاهرة.

(**فلو تزوج** [٣٢٩/أ] **أخت أمته التي وطئها**)، أو قبلها بشهوة، على ما في كراهية «الخلاصة» (**.. لا يطأ واحدة منهما**)، ولا يمس، ولا يقبل، ولا ينظر بشهوة إلى فرج

حَتَّى يُحرِّمَ الْأُخْرَى.

وَلَو تزوَّج أُخْتَيْنِ فِي عقدَين، ....

واحدة منهما؛ لأنه لو وطئ أمته الموطوءة قبله.. لزم الجمع وطءاً؛ لأن المنكوحة موطوءة حكماً.

ولو وطئ المنكوحة.. يلزم الجمع أيضاً - وهو ظاهر - فلا يطأ واحدة منهما.

وأما لو كانت الأمة غير موطوءة له قبل النكاح.. فيجوز وطء المنكوحة؛ لعدم الجمع حينئذ؛ لأن المملوكة ليست موطوءة حكماً كالمنكوحة، ولهذا قيد الأمة بالموطوءة.

(حتى يحرم الأخرى) ببيع المملوكة، أو تزويجها، أو الهبة والتسليم، أو الإعتاق، أو الكتابة، أو بتطليق المنكوحة؛ فإنه بعد تحريم الأخرى على نفسه بأحد هذه الأسباب.. يجوز وطء الباقي في ملكه؛ لوجود المقتضي وزوال المانع.

ولا يخفى عليك: أن هذا ينزع إلى تخصيص العلة والمخلص معروف.

(ولو تزوج أختين في عقدين) قيّد به؛ لأنه لو تزوجهما في عقد واحد.. يكون النكاح باطلاً للجمع بينهما نكاحاً، فلا يستحقان شيئاً من المهر، ولا عدة عليهما قبل الدخول، وإن دخل بهما.. وجب لكلٍ الأقلُّ من المسمى ومن مهر المثل - كما هو حكم النكاح الفاسد - وعليهما العدة.

قال في «الخلاصة»: الواجب في النكاح الفاسد: الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن كان هناك تسمية، وإن لم يكن.. يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، وإنما يجب ذلك بالجماع في القبل، ولا يجب بالخلوة والمس عن شهوة والتقبيل والوطء في الدبر.

ولو جاءت بالولد إلى ستة أشهر في النكاح الفاسد.. ثبت النسب.

وستة أشهر: من وقت النكاح.

وعند محمد: من وقت الوطء، وعليه الفتوى.

وَلم تعلمِ الأُولى.. فُرِّقَ بَينَهُ وَبَينهمَا، ....

أما بالخلوة الصحيحة والفاسدة في النكاح الفاسد.. لا تجب العدة وكمال المهر. انتهى.

وقيد في «المحيط» بطلان نكاحهما بأن لا تكون أحدهما مشغولة بنكاح الغير أو عدته، حتى لو كانت مشغولة بهما.. صح نكاح الفارغة؛ لعدم تحقق الجمع بينهما نكاحاً؛ كما لو تزوجت امرأة زوجين في عقد واحد وأحدهما متزوج بأربع نسوة.. فإنها تكون زوجة للآخر؛ لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين إذا كانت هي لا تحل لأحدهما. انتهى.

(ولـم تعلـم الأولـى) قيد به؛ لأنها لو علمت.. بطل نكاح الثانية، وله وطء الأولى، إلا أن يطأ الثانية.. فتحرم الأولى إلى انقضاء عدة الثانية؛ كما لو وطء أخت امرأته بشبهة.. حيث تحرم عليه امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة.

وفي «فتح القدير» عن «الكامل»: لو زنى بإحدى الأختين.. لا يقرب الأخرى حتى تحيض الأخرى حيضة، وهذا مشكل. انتهى.

وجه الإشكال على ما في «البحر»: لا اعتبار لماء الزاني، ولذا: لو زنت امرأة برجل.. لم تحرم عليه وجاز له وطؤها عقيب الزنا.

(فرق بينه وبينهما)؛ لأن نكاح إحداهما باطل قطعاً، ولا وجه إلى:

- التعيين؛ لعدم الأولوية.

- ولا إلى: تصحيحه في إحداهما، **لا بعينها**؛ لعدم الفائدة؛ إذ لا يحل القربان للزوج أصلاً ولتضررهما لبقائهما معلقة بلا بعل، **ولا مطلقة**؛ فتعين التفريق.

وإذا أراد أن يتزوج إحداهما بعد التفريق.. فله ذلك إن كان التفريق قبل الدخول، وإن كان بعده.. فليس له ذلك حتى تنقضي عدتها [٣٣٩/ب].

وإن انقضت عدة إحداهما دون الأخرى.. فله أن يتزوج بالمعتدة دون الأخرى كي لا يكون جامعاً بينهما، وإن دخل بإحداهما.. فله أن يتزوجها دون الأخرى ما لم

تنقض عدتها؛ لأن عدتها تمنع التزوج بأختها.

وإن انقضت عدتها.. جاز له التزوج بأيهما شاء؛ لعدم المانع.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا طلق إحدى نسائه بعينها ونسيها؛ حيث يؤمر بالتعيين، بل يفارق كلاهما؟

أجيب: بإمكانه هناك لا هنا؛ لأن نكاحهنَّ كان متيقن الثبوت، فله أن يدعي نكاح من شاء بعينه منهن تمسكاً بما كان متيقناً، ولم يثبت نكاح واحدة منها ههنا بعينها.. فدعواه حينئذ تمسك بما لا يتحقق ثبوته، وهل هذا التفريق طلاق أو فسخ؟

ففي «فتح القدير»: الظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلاق واحد.

واعلم: أن المراد بالأختين ههنا: أعم مما كانتا نسباً ومما كانتا رضاعاً، لما في «البحر» عن «الذخيرة».

ولو وكل رجلاً أن يزوجه امرأة ووكل رجلاً آخر بمثل ذلك، فزوجه كل واحد منهما امرأة - وهما أختان من الرضاع - ووقع العقدان منهما معاً.. فهما باطلان؛ لأن عبارة الوكيل في باب النكاح منقولة إلى الموكل؛ فإذا خرج الكلامان معاً.. صار كأن الموكل خاطبهما بالنكاح معاً، فلو لم يوكلهما، وإنما كانا فضوليين ووقعا معاً.. فللزوج أن يجيز نكاح أحدهما.

ولو خرج إيجاب الأختين معاً بأن قالت كل واحدة منهما لرجل: زوجت نفسي منك بكذا، وخرج الكلام منهما معاً فقبل الزوج نكاح إحداهما.. فهو جائز؛ لعدم الجمع من الزوج، وأما من الأختين؛ فلأن كل واحدة زوّجت نفسها على حدة، ولا ولاية لإحداهما على صاحبتهما حتى ينقل كلام كل إلى أخرى.

وَلَهُمَا نصفُ مهرٍ.

ولو بدأ الزوج فقال: تزوجتكما كل واحدة منكما بألف، فقالت إحداهما: رضيت، وأبت الأخرى.. فنكاحها باطل؛ لوجود الجمع في الخطاب بينهما في إحدى شطري العقد. انتهى.

(ولهما)؛ أي: لهما معاً (نصف مهر)؛ لأنه وجب للأولى نصف المهر؛ لأن نكاحها صحيح وقد طلقت قبل الدخول، ولكن لم يتعين الأول للجهل بها، فينصرف إليهما، فينصف بينهما.

قالوا: لا بد ههنا من أربعة قيود:

أحدها: أن يكون المهر مسمى في العقد، فلو لم يكن مسمى.. وجبت متعة واحدة لهما بدل نصف المهر.

والثاني: أن يكون مهراهما متساويين؛ إذ لو كانا مختلفين جنساً أو قدراً.. يقضى لكل واحدة منهما بربع مهرها.

والثالث: أن يكون التفريق قبل الدخول؛ إذ لو كان بعد.. يجب لكل واحدة منهما المهر كاملاً؛ لأنه استقر بالدخول، فلا يسقط منه شيء.

والرابع: أن تدعي كل واحدة منهما أنها الأولى، ولا بينة لهما.

أما إذا قالتا: لا ندري أي النكاحين أول.. لا يقضى لهما بشيء؛ لأن المقضي له مجهول وهو يمنع صحة القضاء؛ كمن قال لرجلين: لأحدكما علي ألف.. لا يقضى لأحدهما بشيء، إلا أن تصطلحا بأن تتفقا على أخذ نصف المهر منه.. فيقضى لهما به، وهذا القيد الرابع زاده أبو جعفر الهندواني، وهو حسن يدفع به ما روي عن أبي يوسف: [٣٤٠/أ] أنه لا يجب لهما شيء لجهالة المقضي له.

وما روي عن محمد أيضاً: أنه يجب المهر كاملاً بينهما نصفين.

قال في «الزيلعي»: وكل ما ذكر من الأحكام بين الأختين.. فهو الحكم بين من لا يجوز جمعه من المحارم.

وَالْجمعُ بَينَ امْرَأَتَيْنِ لَو فرضتَ إِحْدَاهمَا ذكراً.. تحرمُ عَلَيْهِ الْأُخْرَى.

(والجمع) عطف على الجمع السابق؛ أي: ويحرم الجمع نكاحاً أو وطءاً (بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكراً.. تحرم) نسباً أو رضاعاً (عليه)؛ أي: على من يفرض ذكراً (الأخرى)؛ يعني: يُحرِّم نكاحُ إحدى هاتين المرأتين وعدَّتُها مطلقاً نكاحَ الأخرى منهما ووطئها ملكاً.

وكذا يُحرِّمُ وطء إحداهما ملكاً وطء الأخرى منهما نكاحاً وملكاً، لا نكاحها على ما سبق في الأختين.

فعلى هذا: لا يجوز الجمع بين امرأة وعمتها، وخالتها، وعمة أمها، وخالة أمها، وعمة أبيها، وخالة أبيها، وبنت أخيها، وبنت أختها، ولا بين امرأتين كل منهما عمة للأخرى أو خالة للأخرى.

صورة العمتين: أن يتزوج كل من الرجلين أم الآخر فولد لكل منهما بنت.. فتكون كل واحدة من البنتين عمة للأخرى.

وصورة الخالتين: أن يتزوج كل واحد من الرجلين بنت الآخر فولد لكل منهما بنت.. فتكون كل واحدة منهما خالة للأخرى.

وقال عثمان البتي وداود الظاهري: يجوز الجمع بين المحارم كلها غير الأختين؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾.

ولنا: ما رواه مسلم متفرقاً والترمذي مجموعاً من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على ابنة أخيها، ولا على ابنة أختها»، وأن النبي ﷺ نهى الجمع بين عمتين وخالتين؛ ولأن الجمع بينهن يفضي إلى قطيعة الرحم، والكتاب عام خص منه بنته وعمته من الرضاع والمشركة، فيجوز تخصيصه بعده بخبر الواحد والقياس.

وقد يقال: إن الحديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فيجوز الزيادة به على الكتاب.

بِخِلَافِ الْجمعِ بَينَ امْرَأَةٍ وَبنتِ زَوجِهَا، لَا مِنْهَا.

وَالزِّنَا يُوجبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ.

فإن قيل: ما فائدة تكرار الحكم في الحديث حيث الجمع بين المرأة وبين عمتها عين الجمع بينها وبين ابنة أخيها ، وكذلك الجمع بينها وبين خالتها عين الجمع بينها وبين ابنة أختها؟

أجيب: بأنه إنما ذكر النهي من الجانبين لتأكيد التحريم، أو لإزالة توهم الجواز في العكس؛ لأنه لو اقتصر على قوله: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها».. لتوهم أن العكس جائز لفضيلة العمة والخالة عليها، كما يجوز إدخال الحرة على الأمة دون العكس، ولا يخفى ضعفه؛ لأن مفهوم الخلاف غير معتبر في الدرايات عندنا، والحديث في معرض الاستدلال.

(**بخلاف الجمع بين امرأة وبنت زوجها لا منها**)؛ أي: لا من تلك المرأة، بل من غيرها؛ لأنه لا قرابة بينهما، ولا رضاع.

وقال زفر وابن أبي ليلى: لا يجوز؛ لأن ابنة الزوج لو فرض ذكراً.. لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه.

قلنا: امرأة الأب لو فرض ذكراً.. جاز له التزوج بهذه الابنة، والشرط: أن يصور ذلك من كل جانب كما في الأختين نسباً أو رضاعاً.

وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي وبنته، وكذا يجوز الجمع بين امرأة وامرأة ابنها؛ لأنه لو فرض امرأة الابن ذكراً.. جاز له التزوج بتلك المرأة. هذا ما يتعلق بالجمع.

ثم أراد أن يبين أن الزنا [٣٤٠/ب] يوجب حرمة المصاهرة، فقال: (**والزنا يوجب حرمة المصاهرة**)، وقال الشافعي: لا يوجبها؛ لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور.

ولنا: أن الوطء سبب الجزئية بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد؛ لأنه جزء لكل واحد من الواطئ والموطوءة كملاً، حتى يضاف إلى كل واحد منهما، يقال:

ولد فلان وفلانة، وبواسطته يصير كل منهما جزء من الآخر، فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه، وتصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها، والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة نفسها، والوطء ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته، حتى حل الوطء الشرعي، ولا من حيث إنه زنا؛ لأنه وصف له، بل من حيث إنه سبب للولد.. فأقيم مقامه؛ كالسفر مقام المشقة، ولا معصية في المسبب الذي هو الولد؛ لعدم اتصافه، بذلك فكذا السبب الذي قام مقامه؛ لأن الشيء إذا قام مقام غيره.. تعتبر فيه صفة أصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم، فلا يكون الوطء محظوراً من هذه الجهة، فلا يقال: «إنها نعمة لا تنال بالمحظور».

وقال في «البحر»: أراد بحرمة المصاهرة: الحرمات الأربع:

- حرمة المرأة على أصول الزاني وفروعه نسباً ورضاعاً.
- وحرمة أصولها على الزاني نسباً ورضاعاً، ويحل لأصول الزاني وفروعه أصول المزني بها وفروعها. انتهى.

فظهر منه: أن الزنا إنما يوجب حرمة نكاح المزني بها على أصول الزاني وفروعه، لا حرمة أصول المزني بها وفروعها على أصول الزاني وفروعه، حتى جاز تزوج أصول الزاني وفروعه أصول المزني بها وفروعها.

وأشار بلفظ الزنا: إلى أنه لو أتاها في دبرها.. لا تثبت حرمة المصاهرة على ما اختاره بعض المشايخ.

ويثبت عند بعضهم، واختاره الأورخندي.

والأول أصح؛ لما ذكرنا: من أن الوطء سبب للجزئية بينهما بسبب الولد، وهذا لأن الوطء في الدبر لا يكون سبباً للجزئية.

قالوا: لو وطئها فأفضاها.. لا يحرم عليه أمها وبنتها؛ لعدم تيقن كونه في الفرج إلا إن حبلت وعلم كونه منه.

وَكَذَا الْمسُّ بِشَهْوَةٍ مِن أحدِ الْجَانِبَيْنِ.

ثم المراد بالزنا: الوطء الحرام مطلقاً، وإنما خصه بالذكر؛ لكونه محل الخلاف المذكور؛ لأن حرمة المصاهرة ثابت بالاتفاق: بوطء المنكوحة نكاحاً فاسداً، والجارية المشتراة شراءا فاسداً، والجارية المشتركة والمكاتبة، وأمته المجوسية، وامرأته الحائض والنفساء، أو كان محرماً، أو صائماً، أو مظاهراً منها.

ولا تثبت حرمة المصاهرة بوطء المرأة الميتة، ولا بوطء الصغيرة الغير المشتهاة؛ لعدم إفضائه إلى الولد كما في الدبر، بخلاف وطء العجوز الشوهاء؛ لإمكان وقوعه؛ كما وقع لإبراهيم عليه الصلاة والسلام وزكريا عليه الصلاة والسلام.

وعن أبي يوسف: ثبوتها بوطء الصغيرة أيضاً اعتباراً بالعجوز الشوهاء.

والصبي الذي هو ابن أربع سنين إذا جامع امرأة أبيه.. لا تثبت حرمة المصاهرة على ما في «الخلاصة».

وفي «الحاوي»: إذا أدخلت المرأة ذكر النائم في فرجها.. ثبت حرمة المصاهرة ووجب الغسل [٣٤١/أ].

(**وكذا المس بشهوة من أحد الجانبين**) من الرجل والمرأة، لكنه لا بد أن يكون المس بلا حائل، حتى لو كان بينهما حائل يمنع وصول حرارة الممسوسة.. لا تثبت الحرمة، لما في «الخلاصة» قال: ولو مس امرأة مع الدرع إن كان يمنع وصول الحرارة إليه.. لا تثبت حرمة المصاهرة وإن انتشرت آلته، وإن كان رقيقاً لا يمنع.. تثبت حرمة المصاهرة.

وفي «الفتاوى الصغرى»: إذا لف ذكره بخرقة وجامعها كذلك؛ إن كانت خرقة لا تمنع وصول الحرارة إلى ذكر الرجل.. تحل المرأة على الزوج الأول، وإن كانت تمنع.. تصير كالمنديل، فلا تحل.

ولو مس شعر امرأة.. ثبت حرمة المصاهرة، وقيل: هذا إذا مس ما على الرأس؛ أما لو مس المسترسل.. لا تثبت.

ولو مس ظفرها بشهوة.. تثبت، وكذا أنفها.

ولو عضها بشهوة.. تثبت.

ولو مسته ومكنها.. تثبت.

ثم لا بد فيما إذا كان المس من جانب المرأة أن يصدقها الرجل أنها مسته بشهوة؛ لأنه لو كذبها ولم يقع في أكبر رأيه أنها فعلت ذلك عن شهوة.. ينبغي أن لا تحرم عليه أمها وبنتها، على ما في «العناية».

أطلقه فشمل: المس عمداً أو سهواً أو خطأ أو كرهاً. على ما في الزيلعي.

وفي «التنوير»: وحرم أصل مزنيته وممسوسته بشهوة وماسته، ولم يذكر القبلة، وهي: مما توجب حرمة المصاهرة أيضاً.

وفي «قاضي خان»: لو قبل امرأته.. تثبت الحرمة ما لم يظهر أنه قبلها عن غير شهوة، وفي المس ما لم يعلم أنه كان عن شهوة.. لا تثبت الحرمة؛ لأن تقبيل النساء غالباً يكون عن شهوة. انتهى.

هكذا ذكره في «البحر» نقلاً عن «الولوالجية»، ثم قال: إلا أنه قال في «الذخيرة»: وظاهر ما أطلق في بيوع «العيون» يدل على أنه يصدق في القبلة، سواء كانت على الفم أو على موضع آخر. انتهى.

وقد استفتينا: عن رجل قبل يد أم امرأته في الأعياد كما هو المعتاد بين أكثر الناس، هل تثبت الحرمة؟

وأجيب: بأنها دائرة على الشهوة، وأنه يصدق في قوله، والغالب في تقبيل الأيدي عدم الشهوة.

وفي «البزازية» عن الإمام الظهيري: على أن القبلة؛ إن على الفم والخد

وَنَظَرُهُ إِلَى فرجِهَا الدَّاخِلِ.

ونظرُها إِلَى ذَكَرِهِ ....

والذقن.. لا يصدق في أنه لا عن شهوة، وفي غيره.. يصدق. انتهى.

(**ونظره إلى فرجها الداخل ونظرها إلى ذكره**)، وقال الشافعي: لا تثبت الحرمة بالمس والنظر مطلقاً؛ لأنهما ليسا في معنى الدخول، ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال، فلا يلحقان به.

ولنا: أنهما سببان داعيان إلى الوطء، فيقام مقامه في موضع الاحتياط.

أطلق النظر: فشمل النظر إلى الفرج الداخل والخارج، والمعتبر: هو الأول. على ما في «الهداية» و«الزيلعي».

ولا يتحقق ذلك، إلا إذا كانت متكئة، حتى قالوا: لو نظر إلى فرجها وهي قائمة أو قاعدة على الدكة.. لا تثبت الحرمة على الصحيح.

وعن أبي يوسف: النظر إلى منابت الشعر يكفي لثبوت الحرمة.

وقال محمد: لا تثبت حتى ينظر إلى موضع الشق، وهو الأصح، على ما في «الخلاصة».

ولو نظر إلى فرجها من الزجاج.. ثبت الحرمة؛ كما لو كانت [٣٤١/ب] المرأة في الماء فرأى فرجها في الماء بشهوة.

وأما لو رآها من المرآة.. لا تثبت الحرمة؛ لأن المرئي منها هو العكس لا الفرج؛ كما لو كانت المرأة قاعدة على رأس ماء فنظر رجل فرجها في الماء.. لا تثبت الحرمة على الصحيح؛ لأن المرئي من الماء هو العكس على ما في «الخلاصة».

وكذا لا تثبت الحرمة بالنظر إلى الدبر، ولو إلى موضع الوطء على ما أشار إليه بلفظ: «الفرج».

ولو نظر إلى فرج بنته من غير شهوة، فتمنى أن تكون له جارية مثلها، فوقعت له

بِشَهْوَةٍ.

الشهوة؛ إن كانت الشهوة على البنت.. تثبت حرمة المصاهرة، وإن وقعت الشهوة على ما تمناها.. لا تثبت.

(**بشهوة**) عند المس والنظر، حتى لو وجدا بغير شهوة، ثم اشتهى بعد الترك.. لا تثبت الحرمة.

وحد الشهوة في الشباب: أن تنشر آلته أو تزداد انتشاراً إن كانت منتشرة، وهو الصحيح. على ما في «الهداية».

وفي الشيخ والعنين: ميل القلب أو زيادته. على ما في «المحيط».

ووجود الشهوة من أحدهما يكفي.

واعلم: أن حرمة المصاهرة كما تثبت بالوطء ونحوه مما ذكر.. كذلك تثبت بالإقرار بها. لما في «البزازية».

قيل له: ما فعلت بأم امرأتك؟ قال جامعتها: تثبت حرمة المصاهرة بهذا الإقرار، ولا يصدق في أنه كذب في قوله ذلك.

ويفتى بالحرمة مطلقاً فيما إذا سئل أنه قبل أم امرأته بلا قيد بالشهوة، لكنه إذا ادعى عدم الشهوة.. صدق في رواية؛ لأن الأصل فيه عدم الشهوة.. انتهى.

وفي «الخلاصة»: إن الإصرار ليس بشرط في الإقرار لحرمة المصاهرة. انتهى.

وظهر من هنا: أنه لو شتم امرأته بوطء أمها.. لم تحرم امرأته عليه؛ لأنه شتم، لا إقرار بوطء أم امرأته.

ولهذا أفتى مشايخ الإسلام في هذه المسألة بلزوم التعزير بالشتم لا بحرمة زوجته.

وهل يرتفع النكاح بثبوت حرمة الرضاع والمصاهرة؟

قالوا: لا يرتفع.

وَمَا دونَ تسعِ سِنِينَ غيرُ مشتهاةٍ، وَبِه يُفْتى.

وَلَو أنزلَ مَعَ الْمسّ.. لَا تثبتُ الْحُرْمَةُ. هُوَ الصَّحِيحُ.

وَصَحَّ نِكَاحُ الْكِتَابِيَّةِ والصابئةِ المؤمنةِ بِنَبِيٍّ المقرَّةِ بِكِتَابٍ، لَا عابدةُ كَوْكَبٍ.

ففي «البزازية»: وثبوت حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع لا يرفع النكاح، حتى لا تملك المرأة التزويج بزوج آخر إلا بعد المتاركة، وإن مضى عليها سنون، والوطء فيه.. لا يكون زنا، اشتبه عليها أو لا. انتهى.

(وما دون تسع سنين: غير مشتهاة، وبه يفتى) وبنت خمس ليست بمشتهاة بلا تفصيل، وبنت ست أو سبع أو ثمان؛ إن كانت عبلة ضخمة.. قيل: إنها مشتهاة، وإلا.. فلا.

(ولو أنزل مع المس) أو النظر (.. لا تثبت الحرمة، هو الصحيح)، على ما اختاره الإمام السرخسي وفخر الإسلام وصاحب «الهداية»؛ لأنه تبين بالإنزال أنه غير مفض إلى الوطء، وهو: المحرم.

وقال الأوزجندي: إنها تثبت الحرمة؛ لأن مجرد المس بشهوة تثبت الحرمة، فالإنزال بعده وإن لم يوجب زيادة الحرمة، لكنه لا يوجب خلافه، والصحيح هو الأول لما ذكرناه.

• (وصح نكاح الكتابية)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾، وعن ابن عمر رضي الله عنهما: أنه لا يحل؛ لأنها مشركة لأنهم يعبدون المسيح وعزيراً وحمل المحصنات على المسلمات منهن.

قلنا: المشركة ليست من أهل الكتاب، ولهذا عطف على أهل الكتاب في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ﴾؛ والمراد بالمحصنات: العفائف، ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على ما سيأتي.

(و) صح أيضاً نكاح (الصابئة [٣٤٢/أ]: المؤمنة بنبي، المقرة بكتاب)؛ أي: بالاتفاق (لا)؛ أي: لا يصح نكاح (عابدة كوكب)؛ أي: بالاتفاق أيضاً.

وَصَحَّ نِكَاحُ الْمحرمِ والمحرمةِ وَالْأمةِ الْمسلمَةِ والكتابيَّةِ وَلَو مَعَ طِوَلِ الْحرَّةِ، ....

وإنما الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في أن الصابئة من عبدة الأوثان أم لا؟

فقال أبو حنيفة: إنهم ليسوا بعبدة الأوثان، وإنما يعظمون النجوم كتعظيم المسلم الكعبة.

وقالا: إنهم من عبدة الأوثان.

فعلى ما فسره أبو حنيفة يجوز نكاحهم بالإجماع، وعلى ما فسراه.. لا يجوز بالإجماع.

(وصح نكاح المحرم والمحرمة)، وقال الشافعي: لا يجوز؛ لقوله ﷺ: «لا ينكح المحرم» رواه مسلم.

ولنا: ما رواه البخاري ومسلم: أنه ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم.

فإن قيل: قد روي أنه ﷺ تزوج ميمونة وهو حلال، فتعارضا.

قلنا: المراد بالحل في هذه الرواية ليس الحل الأصلي؛ لاتفاقهم على أنه ﷺ ليس في الحل الأصلي وقت نكاحه ميمونة، بل الحل العارض بعد الإحرام، فرواية أنه محرم: ناف للحل العارضي، ورواية أنه حلال: مثبت له، والنافي مقدم، على أن راوي أنه محرم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وراوي أنه حلال يزيد بن الأصم رضي الله عنه، ولا يعدل عبد الله، فالترجيح معنا؛ ولأنه عقد معاوضة، والمحرم غير ممنوع، وما رواه ضعيف، ولو صح.. فهو محمول على الوطء؛ لأنه الحقيقة؛ أي: لا يطأ المحرم، ولا تمكن المحرمة من الوطء والتذكير باعتبار الشخص.

(و) صح أيضاً نكاح (الأمة المسلمة والكتابية، ولو مع طول الحرة)، وقال الشافعي: لا يجوز للحر أن يتزوج أمة كتابية أصلاً، ولا أمة مسلمة عند القدرة على طول الحرة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ أباح نكاح الأمة بشرطين:

١- عدم الطول.

٢- والمؤمنة.

فإذا انتفى أحدهما.. انتفى الحل، ولأن جواز نكاحهن ضروري؛ لما فيه من تعريض مائه على الإرقاق، وقد اندفعت الضرورة بالقدرة على المسلمة وعلى طول الحرة.

ولنا: عموم قوله تعالى: ﴿مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾، وما تلاه: إنما يدل على الوجود عند الوجود لا على العدم عند العدم، بل هو ساكت عنه؛ لأن المفهوم غير معتبر، ولأن نكاح الأمة الكتابية - ولو مع طول الحرة - نكاح يملكه العبد فيملكه الحر أيضاً كسائر الأنكحة التي يملكها العبد، وقياسنا هذا أقوى تأثيراً من إرقاق مائه مع الاستغناء؛ لأن الحرية من صفات الكمال.. فينبغي أن يكون أثرها في الإطلاق، والاتساع في باب النكاح الذي هو من النعم، والرق من أوصاف النقصان.. فينبغي أن يكون أثره في المنع والتضييق، فاتساع الحل الذي هو من باب الكرامة على العبد وتضييقه على الحر بمنع نكاح الأمة مع طول الحرة قلبُ المشروع وعكسُ المعقول؛ لأن ما ثبت بطريق الكرامة يزداد بزيادة الشرف، ولأن إرقاق الماء دون تضييع الماء بالعزل؛ لأنه إتلاف حقيقة، والإرقاق إتلاف لصفة الحرية، مع أنه أمرٌ ربما يرجى زواله بالعتق فإذا جاز هذا.. فالإرقاق أولى.

فإن قيل: هذا امتناع عن اكتساب سبب الوجود، وفي الإرقاق مباشرة السبب على وجه يفضي إلى الهلاك.

قلنا: في التزوج امتناع من إيجاد صفة [٣٤٢/ب] الحرية، إذ الماء لا يوصف بالرق والحرية، بل هو قابل لأن يوجد منه الرقيق والحر، فتزوج الأمة امتناع عن مباشرة سبب وجود الحرية، فحين يخلق رقيقاً لا أنه ينتقل من الحرية إلى الرّقيّة، وإن أثر الرق إنما هو في تنصيف الطلاق دون تحريم نكاحها.

ونكاحُ الحرةِ على الْأمةِ.

وَأَرْبعٌ فَقَط للْحرّ، حرائرُ أو إِماءٌ.

وَلِلْعَبْدِ ثِنْتَانِ.

ونكاحُ حبلى مِن زناً، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

(و) صح أيضاً (**نكاح الحرة على الأمة**) لقوله ﷺ: «تنكح الحرة على الأمة»؛ ولأنها من المحللات في جميع الحالات، حالة الانفراد وحالة الانضمام؛ لعدم المنصف في حقها، فتعمل بإطلاق المقتضى عند عدم المانع، بخلاف العكس على ما سيأتي.

فإن قيل: فيه إرقاق مائه مع الاستغناء عنه بالقدرة على الحرة مع بقاء نكاح الأمة.

قلنا: ليس بإرقاق ابتداء، بل بقاء، وذلك لا يحرم؛ إذ ليس للبقاء ههنا حكم الابتداء.

(و) صح أيضاً نكاح (**أربع فقط للحر، حرائر أو إماء**)، ولا يجوز أكثر من ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ والنص على العدد ينفي الزيادة عليها.

فإن قيل: إن عطف ثلاث ورباع بالواو يقتضي جواز جمع تسع نساء نكاحاً على ما ذهب إليه القاسم بن إبراهيم والنخعي.

قلنا: إن الواو بمعنى «أو»، فلا تفيد الجمع، ضرورة أن القول بهذا الجمع خرق للإجماع؛ لأن الأمة اجتمعت على أنه لا يجوز أكثر من أربعة منها، والحجة عليه: ما تلوناه.

(**وللعبد ثنتان**)، وقال مالك: يجوز له أكثر من ذلك؛ لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده، حتى ملكه بغير إذن المولى.

ولنا: أن الرق منصف فيتزوج العبد اثنين والحر أربعاً؛ إظهاراً لشرف الحرية (و) صح أيضاً (**نكاح حبلى من زنا**) عند أبي حنيفة ومحمد، (**خلافاً لأبي يوسف**) قال:

وَلَا توطأ حَتَّى تضعَ حملَها، وموطوءةِ سَيِّدِهَا، أَو زَانٍ.

إنه فاسد كنكاح الحامل الذي قد ثبت نسب حملها، بجامع أن الامتناع في ثابت النسب من الحمل لحرمة الحمل، وهذا الحمل محترم أيضاً؛ لأنه لا جناية منه، ولهذا لم يجز إسقاطه.

ولهما: أنه من المحللات؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ والامتناع في ثابت النسب ليس لحرمة الحمل، بل لحقّ صاحب الماء، ولا حرمة للزاني.

وروي عن أبي حنيفة في ثابت النسب من الحمل: أنه إن كان الحمل من حربي كالمهاجرة والمسبية.. يجوز النكاح، لكنه لا يطؤها حتى تضع حملها؛ كالحامل من الزنا، رواها أبو يوسف عنه، واعتمدها الطحاوي.

والمنع: رواية محمد عنه، واعتمدها الكرخي - وهو الأصح - على ما في «الزيلعي».

(**ولا توطأ حتى تضع حملها**) لئلا يسقي ماؤه زرع غيره.

وفي «النهاية»: ولا يباح وطؤها، ولا دواعيه، ويجب عليه نفقتها حتى تضع حملها؛ لأن المنع من جانبها.

وقيل: يحل وطؤها، ويجب عليه نفقتها لصحة النكاح.

(**وموطوءة سيدها**)؛ أي: صح نكاح أمة وطئها سيدها ما لم تكن حبلى؛ لأنها ليست بفراش لمولاها، حتى لو جاءت بولد.. لا يثبت النسب بلا دعوة؛ فإذا جاز النكاح.. لا يجب على الزوج الاستبراء، بل له أن يطأها قبل الاستبراء.

وقال محمد: لا أحب أن يطأها قبل الاستبراء؛ لاحتمال شغلها بماء المولى، فوجب التنزه صيانة لمائه كما في الشراء.

ولهما: أن الحكم بجواز النكاح [٣٤٣/أ] أمارة الفراغ، بخلاف الشراء؛ لأنه يجوز مع الشغل.

(**أو زان**)؛ أي: حل نكاح امرأة وطئها رجل بالزنا، وله أن يطأها قبل الاستبراء

وَلَو تزوَّجَ امْرَأتَيْنِ بِعقدٍ وَاحِدٍ وَإحداهمَا مُحرَّمَة.. صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى.
والمسمَّى كُلُّه لَهَا.
وَعِنْدَهُمَا: يُقسَم على مهرِ مثلِهمَا.

عندهما، وعند محمد: يجب عليه الاستبراء، والوجه من الجانبين ما ذكرناه في الأمة الموطوءة.

(ولو تزوج امرأتين بعقد واحد وإحداهما محرَّمة) عليه بالنسب، أو الرضاع، أو عدة الغير، أو نكاحه كتزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن أو ثلاث، أو في نكاحها.

وفي «الخلاصة»: ولو جمع بين الأمة والحرة في عقد واحد: صح نكاح الحرة وبطل نكاح الأمة، وهذا إذا كان يصح نكاح الحرة وحدها؛ فإن لم يصح.. فضمها إلى الأمة لا يوجب بطلان نكاح الأمة.

(.. صح نكاح الأخرى)؛ لأن المبطل في إحداهما دون الأخرى، بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع؛ لأنه ما يبطل بالشرط الفاسد، وقبول العقد في الحر شرط فيه، فيبطل العقد بسببه على ما سيأتي.

(والمسمى كله لها)؛ أي: للأخرى عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يقسم على مهر مثلهما)؛ يعني: إذا كان المسمى ألفاً ينظر إلى مهر مثليهما ويقسم المسمى عليهما، فما أصاب حصته التي لا تحل.. يسقط عن الزوج، وما أصاب حصة الأخرى.. يثبت عليه، وذلك لأنه قابل المسمى بالبضعين، وكل ما كان مقابلاً بشيئين، فإنما يلزم إذا سلما لمن قابل، ولم يسلم ههنا إلا أحدهما، فلا يلزمه إلا حصته؛ كما لو خاطب امرأتين بالنكاح على ألف فأجابت إحداهما: دون الأخرى.

ولأبي حنيفة: إن ضم ما لا يحل له إلى ما يحل؛ كضم الجدار إلى المرأة في أن كل واحد منهما ليس بمحل للنكاح، ولو فعل ذلك وسمى.. كان المسمى كله للمرأة،

وَلَا يَصِحُّ تزوُّجُ: أَمتِهِ، أَو سيِّدَتِهِ، ....

فكذا ههنا لمن يحل، بخلاف ما إذا خاطبها بالنكاح؛ لأنهما قد استويا في الإيجاب، حتى لو أجابتا.. صح نكاحهما جميعاً، فيثبت انقسام الألف بالمساواة في الإيجاب.

فإن قيل: إذا لم يكن محلاً للنكاح ولم تدخل تحت العقد.. ينبغي أن يحد إن دخل بها، ولا يحد عنده.

قلنا: إنما لم يحد لشبهة صورة العقد.

فإن قيل: إنه لو دخل بها.. يلزم مهر مثلها، ولا يجاوز به حصتها من المسمى، على ما نص عليه في «الزيادات».

ومقتضى هذا: كونها داخلة تحت العقد محلاً للنكاح، وإلا.. لوجب مهر مثلها بالغاً ما بلغ.

قلنا: في وجوب مهر مثلها روايتان: إحداهما: رواية «الزيادات»، وهو قولهما.

والأخرى رواية «المبسوط»، وهو الأصح، على ما في «الزيلعي»: أنه يجب مهر مثلها بالغاً ما بلغ.

وفي «الزيلعي»: وبعد تسليم رواية «الزيادات»: أن المنع من مجاوزة حصتها من المسمى يحصل بمجرد التسمية، ورضاها بالقدر المسمى لا بانعقاد العقد عليها ودخولها تحته، وذلك موجود في التي لا يحل نكاحها.

(**ولا يصح تزوج أمته أو سيدته**)؛ للإجماع على بطلانه، ولأن النكاح لم يشرع إلا مثمراً بثمرات مشتركة بين المتناكحين، يوجب له عليها: التمكين من نفسها وقرارها في بيته وخدمته داخل البيت، ويوجب لها عليه: المهر والنفقة والكسوة والسكنى والقسم [٣٤٣/ب]، والمملوكيةُ من كل وجه تنافي المالكية، فيمتنع ترتب الثمرة المشتركة عليه، فلا يشرع لفوات المقصود منه، ولأن المقصود من النكاح: النوال والإحسان، والمقصود من الرق: الامتهان والقهر.. فيتنافيان.

واعلم: أنه أشار بلفظ: «لا يصح» إلى أن هذه الأنكحة باطلة على ما صرح به

في «النهاية»؛ حيث قال نقلاً عن «مبسوط فخر الإسلام»: المراد من الفاسد ههنا: الباطل؛ لأن ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي إنما يثبت الملك ضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل، فلا حاجة إلى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت الملك وهو الفاسد.

فإن قيل: فإذا كان الأنكحة باطلة في باب النكاح.. فلم حكم في «الهداية» وغيرها على بعض الأنكحة بأنه فاسد؛ كنكاح الحامل من السبي ومن الزنا، وعلى بعضها بأنه باطل، كنكاح أم الولد الحامل؟

أجيب عنه: بأن كل نكاح باطل.. اختلفت الرواية في صحته وبطلانه، والمختار: بطلانه، عبروا عنه بالفاسد وإن كان باطلاً - كنكاح الحامل من الزنا؛ فإنه صحيح على رواية وباطل على أخرى، وكنكاح المسبية صحيح على رواية الحسن عن أبي حنيفة وباطل على غيرها - وكل نكاح لا رواية في صحته عبروا عنه بالباطل تنبيهاً على ذلك التفاوت، هذا الجواب هو المفهوم من «النهاية»، لكنه ذكر في «فصول الأسترونشي»: إن نكاح المحارم، قيل: فاسد فيترتب عليه الأحكام، وقيل: باطل فلا يترتب عليه الأحكام.

فظهر منه الفرق بين النكاح الفاسد والباطل كما في البيع، والباطل لا يترتب عليه الأحكام أصلاً، وهو مخالف لما ذكر في «التوضيح» و«التلويح» من أن النكاح بغير شهود باطل؛ كبيع المضامين والملاقيح، ومع ذلك يترتب عليه بعض الأحكام: من سقوط الحد، وثبوت النسب، ووجوب العدة والمهر؛ لشبهة العقد، وهي: وجود صورته لا لصحة النكاح.

قال في «المضمرات»: والمراد بقولهم، «ولا يجوز للمولى أن يتزوج أمته»: عدم الجواز في أحكام النكاح من ثبوت المهر في ذمة المولى، وبقاء النكاح بعد العتق، ووقع الطلاق عليها وغير ذلك؛ أما إذا تزوجها تنزهاً عن وطئها حراماً على

أَو مَجُوسِيَّةٍ، أَو وثنيَّةٍ، وَلَا خَامِسَةٍ فِي عدَّةِ رَابِعَةٍ أَبَانهَا.

وَلَا أمةٍ على حرَّةٍ، ....

سبيل الاحتمال.. فحسن؛ لاحتمال أن تكون حرة، أو معتقة الغير، أو محلوفاً عليها بعتقها وقد حنث الحالف. انتهى.

وهذا ما يتعلق بالخامس من الأنواع التسعة المارة.

• ثم أشار إلى السادس بقوله: (أو مجوسية) لقوله ﷺ: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم»؛ أي: عاملوهم معاملة أهل الكتاب في إعطاء الأمان.

(أو وثنية)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾، وكذا لا يجوز وطؤهما بملك اليمين، على ما في «الزيلعي» لما رويناه وتلوناه؛ لأن النكاح حقيقة في الوطء، أو نقول: هو في موضع النفي، فيتناول الوطء والعقد.

(ولا) يصح أيضاً نكاح (خامسة في عدة رابعة أبانها) بواحد أو أكثر حتى تنقضي عدتها؛ لقيام حق النكاح قبل انقضائها.

هذا للحر، وأما للعبد.. فلا يجوز الثالثة في عدة الثانية، وفيه إشارة إلى ما في «الخلاصة»: لو كان له أربع نسوة [٣٤٤/أ] ماتت إحداهن فتزوج بالخامسة بعد يوم.. جاز نكاحها.

• ثم شرع في بيان النوع السابع بقوله: (ولا أمة على حرة) حراً كان الزوج أو عبداً، برضا الحرة أو لا؛ لما ذكره محمد: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تنكح الأمة على الحرة»، وهو بإطلاقه حجة على الشافعي في قوله: «يجوز نكاح الأمة على الحرة للعبد» مستدلاً بأن منع الحر عنه لمانع إرقاق مائه مع الاستغناء عنه، وهذا لا يوجد في العبد؛ لأنه رقيق بجميع أجزائه.

وعلى مالك أيضاً في قوله: «يجوز في صورة رضا الحرة» مستدلاً بأن المنع لحق الحرة وقد أسقطته برضاها، وذلك لأن الرأي في مقابلة النص غير معتبر، ولأن

أَو فِي عِدَّتِهَا، ....

للرق أثراً في تنصيف النعمة، فأثبتنا الحل في حالة الانفراد عن الحرة دون حالة الانضمام إليها؛ يعني: إن الحل الذي بني عليه النكاح نعمة في الجانبين، وتنصيف تلك النعمة في طرف الرجال برقبة الزوج حتى ينكح العبد ثنتين نصف الأربع، وتنصيف أيضاً في طرف النساء برقبة المرأة، لكن لا يمكن إظهار التنصيف في طرفها بنقصان العدد؛ لأن المرأة الواحدة لا تحل إلا لواحد من الرجال، فيظهر التنصيف باعتبار الحال، والأحوال ثلاثة:

حال التقدم على الحرة.

وحال التأخر عنها.

والمقارنة معها في عقد واحد.

فيصح نكاحها مطلقاً حال التقدم، ولا يصح مطلقاً حال التأخر عنها، وأما حال المقارنة.. فيحتمل الصحة إلحاقاً لها بحال التقدم، ويحتمل عدم الصحة إلحاقاً لها بحال التأخر، فألحقناها حال التأخر تغليباً للحرمة.

وقد يقال ههنا: في الحقيقة حالتان: حالة الانفراد؛ أعني: حالة التقدم على الحرة، وحالة الانضمام.

وذلك بالمقارنة والتأخر، فأثبتنا الحل حالة الانفراد دون حالة الانضمام.

وفي «البحر» عن «المحيط»: لو تزوج أمة بغير إذن مولاها ولم يدخل بها، ثم تزوج حرة، ثم أجاز المولى.. لم يجز نكاح الأمة؛ لأن نكاحها ارتفع بنكاح الحرة؛ لأن الملك والحل إنما يثبت عند الإجازة، فكان للإجازة حكم إنشاء العقد، فيصير متزوجاً أمة على حرة، وذا لا يجوز.

ثم الممنوع ههنا: نكاح الأمة على الحرة لا رجعتها؛ لأن رجعتها على الحرة صحيح على ما صرح به في رجعة «الزيلعي».

(**أو في عدتها**)؛ أي: عدة الحرة من طلاق رجعي أو بائن عند أبي حنيفة.

خِلافًا لَهما فِيمَا إِذا كَانَت عِدَّةَ الْبَائِنِ.

وَلَا حَامِلٍ مِن سبي، أو حاملٍ ثبتَ نسبُ حملِهَا وَلَو من سَيِّدِهَا.

(**خلافاً لهما فيما إذا كانت عدة البائن**)؛ لأن هذا ليس بتزوج على الحرة وهو المحرم، حتى لو حلف لا يتزوج عليها.. لا يحنث بهذا التزوج.

ولأبي حنيفة: إن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام.. فبقي المنع احتياطاً، بخلاف اليمين؛ لأن المقصود أن يدخل غيرها في قسمها ولم يدخل، فلا يحنث.

والفرق لهما بين هذه المسألة وبين المسألة المتقدمة - من أنه: إذا تزوج أخت امرأة في عدتها من طلاق بائن.. لا يجوز عندهم بالاتفاق - أن المحرَّمَ هنالك: الجمع بينهما في النكاح على ما مر، وههنا ليس الجمع، بل إدخال ناقصة الحال على كاملة الحال، وهذا لا يوجد بعد الطلاق البائن، [٣٤٤/ب] بخلاف الجمع في النكاح؛ فإن حقوق النكاح قائمة ما دامت في العدة.

(**ولا حامل من سبي**)؛ أي: ما لم تضع حملها؛ لأنه ثابت النسب من زوجها؛ لأن النسب يثبت في دارهم كما يثبت في دارنا، وكذا المهاجرة إلى دارنا إذا كانت حاملاً.. ليس لها أن تتزوج ما لم تضع حملها؛ لأنه ثابت النسب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة في المسبية والمهاجرة: أنها لو تزوجت.. جاز النكاح، ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها؛ لما ذكرنا، وإن لم تكن حاملاً.. يجوز النكاح لوقوع الفرقة باختلاف الدارين.

(**أو حامل ثبت نسب حملها**) بالإجماع؛ لاحترام صاحب الماء، بخلاف الزاني؛ إذ لا حرمة لمائه فيجوز نكاح المزنية ولو حبلى.

(**ولو**) كان الحمل (**من سيدها**)؛ يعني: إذا زوّج رجل أم ولده وهي حامل منه.. فالنكاح فاسد؛ لأنها فراش لمولاها حيث ثبت نسب ولدها منه من غير دعوة، فلو صح النكاح.. لحصل الجمع بين الفراشين، إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي

وَلَا نِكَاحُ الْمُتْعَةِ ولا النكاحُ المؤقتُ.

بلا لعان، فلم يعتبر هذا الفراش مانعاً ما لم يتأكد بالحمل، ومجرد الإقدام على النكاح لا يكون نفياً للنسب الثابت منه؛ لأن كلامنا فيما علم ثبوت النسب منه؛ لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح.

(**ولا نكاح المتعة**) وهو أن يقول لامرأة: أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال، أو يقول: خذي هذه العشرة لأتمتع بك بلا ذكر المدة.

وقال مالك: نكاح المتعة جائز؛ لأنه كان مباحاً فيبقى إلى أن يظهر ناسخه.

قلنا: ثبت النسخ؛ لإجماع الصحابة على أن النبي ﷺ نهى عن نكاح المتعة بعد إحلاله عام الفتح، وروي ثلاثة أشياء نسخت مرتين: المتعة، ولحوم الحمر الأهلية، والتوجه إلى بيت المقدس في الصلاة.

وقال بعض مشايخنا: إن المتعة نسخت بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾، وذلك لأن تلك المرأة:

ليست من الأزواج بدليل انتفاءِ حكم النكاح عنها، وانتفاءِ شرطه من وجوب النفقة والسكنى والطلاق والعدة والإرث وصحة الإيلاء والظهار والشهود.

ولا هي مما ملكته الأيمان، فيجب حفظ الفرج والتباعد عنها؛ إذ هي ليست من المستثنيات.

وروى مسلم: أنه ﷺ قال: «كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وقد حرم الله تعالى ذلك إلى يوم القيامة».

(**ولا النكاح المؤقت**) مدة طويلة أو يسيرة في ظاهر الرواية.

وعن الحسن: إذا وقتا بما لا يعلم أنهما لا يعيشان إليه.. كان النكاح صحيحاً؛ لأنه في معنى التأبيد.

وقال زفر: النكاح المؤقت صحيح مطلقاً؛ لأن التوقيت شرط فاسد والنكاح مما لا يبطل بالشرط الفاسد؛ كما لو قال لبنته: إن دخلت الدار.. زوجتك فلاناً، وقال

فلان: تزوجتها، أو قال لها وهو في رمضان: زوجتك فلاناً في شوال، وقال فلان: تزوجتها.. فالنكاح صحيح في الصورتين، والشرط والإضافة إلى المستقبل فاسد.

قلنا: إنه أتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح، والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ والصور، [٣٤٥/أ] ولهذا جعلت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة، بخلاف التعليق بالشرط والإضافة إلى المستقبل؛ لأنهما يخصان بالإسقاطات المحضة؛ كالطلاق والعتاق، والنكاحُ لا يقبلهما أصلاً فيبطلان، فبقي أصل النكاح.

قال في «النهاية»: والفرق بين نكاح المؤقت والمتعة: أن يذكر لفظ التزويج أو النكاح في المؤقت مع ذكر التوقيت، ولفظ المتعة في نكاح المتعة. انتهى.

وذكر في «العناية» فرقاً آخر قال: إن المؤقت تكون بحضرة الشهود، ويذكر فيه مدة معينة، بخلاف المتعة.

وهل يصح النكاح على الشرط؛ بأن قال: تزوجتك على شرط كذا؟

ففيه تفصيل في فصل النكاح على الشرط من نكاح «قاضي خان»؛ حيث قال: رجل زوج امرأة على أنها طالق أو على أن أمرها في الطلاق بيدها.

ذكر محمد في «الجامع الصغير»: أنه يجوز النكاحُ والطلاقُ باطلٌ، ولا يكون الأمر بيدها.

وذكر في «الفتاوى» عن الحسن بن زياد: إذا تزوج امرأة على أنها طالق إلى عشرة أو على أن يكون الأمر بيدها بعد عشرة أيام.. أن النكاح جائز والطلاق باطل، ولا تملك أمرها.

قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا بدأ الزوج، فقال: تزوجتك على أنك طالق، وإن ابتدأت المرأة فقالت: زوجت نفسي منك على أني طالق أو على أن يكون الأمر

بيدي أطلق نفسي متى شئت، فقال الزوج: قبلت.. جاز النكاح ويقع الطلاق ويكون الأمر بيدها؛ لأن البداية.

إذا كانت من الزوج.. كان الطلاق والتفويض قبل النكاح، فلا يصح.

أما إن كانت البداية من قبل المرأة.. فيصير التفويض بعد النكاح؛ لأن الزوج لما قال بعد كلام المرأة: «قبلت» والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال.. صار كأنه قال: «قبلت على أنك طالق أو على أن يكون الأمر بيدك» فيصير مفوضاً بعد النكاح.

وكذا إذا زوج المولى أمته من عبده:

إن بدأ العبد فقال: زوجني أمتك هذه على ألف على أن أمرها بيدي أطلقها كلما شئت فزوجها منه.. يجوز النكاح، ولا يكون الأمر بيد المولى.

ولو ابتدأ المولى فقال: زوجتك أمتي هذه على أن أمرها بيدي، فقال العبد: قبلت.. جاز النكاح ويكون الأمر بيد المولى، وهكذا في الفصل العاشر من نكاح «الخلاصة».

وبيان جملة ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد وما لا يبطل به سيأتي قبيل كتاب الصرف.

* * *

(بَابُ الْأَوْلِيَاءِ والأَكفاءِ)

نفذَ نِكَاحُ حرَّةٍ مكلَّفةٍ بِلَا وليّ.

وَلهُ الِاعْتِرَاضُ...

(باب الأولياء والأكفاء)

أخّر بيانهما عن المحرمات - وإن كانا من شرط النكاح - لأن حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق، بخلافهما، والمتفق عليه: أولى بالتقديم.

(**نفذ نكاح حرة**)؛ أي: صح ذلك، ويترتب عليه أحكامه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، إلا أنه يمكن رفعه، فالنافذ أعم من اللازم - فإنه لا يمكن رفعه - وأخص من الصحيح والمنعقد؛ فإن نكاح الفضولي صحيح منعقد [٣٤٥/ب] وليس بنافذ، والحرة أعم من البكر والثيب، واحترز به عن الأمة؛ فإن نكاحها موقوف على إذن مولاها؛ كنكاح الصغيرة والمجنونة على إذن المولى. على ما في «قاضي خان».

(**مكلفة**) - أي: عاقلة بالغة إذا زوجت نفسها برضاها - احترز به عن الصغيرة والمجنونة.

(**بلا ولي**) ولو إلى غير كفؤ في ظاهر الرواية.

(**وله**) - أي: للولي عصبة أو غيرها، محرماً أو غيره، على ما في «العمادي» و«الخلاصة» - (**الاعتراض**)؛ أي: المرافعة إلى القاضي ليفسخ على ما في «شرح النقاية»، وفيه أيضاً: ولو رضي واحد من الأولياء.. ليس لمن في درجته أو أسفل اعتراض، وأما الأقرب.. فله ذلك.

وقال أبو يوسف: للباقي الاعتراض مطلقاً. كما في «الاختيار».

وفي إطلاقه: إشارة إلى أن له الاعتراض وإن ولدت أولاداً كما قيل.

وقال بعضهم: لا اعتراض إن ولدت ولداً لئلا يضيع الولد بلا مربٍّ.

فِي غيرِ الكفؤِ.

وروى الْحسنُ عَنِ الإِمَامِ عدمَ جَوَازِهِ. وَعَلِيهِ فَتْوَى قاضي خان.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: ينْعَقدُ مَوْقُوفاً وَلَو من كفؤٍ.

(**في غير الكفؤ وروى الحسن عن الإمام: عدم جوازه**) في غير الكفؤ، وإنما يجوز في الكفؤ.

(**وعليه فتوى قاضي خان**)، وقال الإمام السرخسي: وهو أقرب إلى الاحتياط؛ إذ ليس كل ولي يحسن المرافعة، ولا كل قاض يعدل، فكان الأحوط سد باب التزويج عليها من غير كفؤ.

وقال صدر الإسلام: لو زوجت المطلقة نفسها من غير كفؤ ودخل بها الزوج، ثم طلقها.. لا يحل للزوج الأول على ما في «المختار».

وفي «البحر» عن «الحقائق»: هذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه.

(**وعند محمد: ينعقد موقوفاً**) على إجازة الولي؛ إن أجاز.. نفذ، وإن ردَّ.. بطل (**ولو من كفؤ**)، إلا أنه إذا كان الزوج كفؤاً.. كان للقاضي أن يجدد النكاح إذا أبى الولي أن يزوجها، كذا في «النهاية»، وهذا رواية أبي حفص عن محمد.

وفي رواية أبي سليمان عنه: إنه باطل مطلقاً عنده.

وفي رواية عن أبي يوسف: الأحوط أن يجعل العقد موقوفاً على إجازة الولي؛ إلا أن الزوج إذا لم يكن كفؤاً.. يصح فسخ الولي، وإن كان كفؤاً.. لا يصح فسخه؛ فإن كان الزوج طلقها قبل المرافعة إلى القاضي وهو كفؤ.. صح طلاقه عليها، وكذا الإيلاء والظهار، وإن مات أحدهما.. يتوارثان.

وعلى قول محمد: لا يكون ذلك طلاقاً، بل متاركة حتى لو.. أجاز الولي بعد ذلك نكاح المرأة.. لا تصح إجازته، ولكن لا تحرم المرأة بهذا الطلاق عنده، ويكره له أن يتزوجها بعد الثلاث قبل التزوج بزوج آخر. على ما في «قاضي خان».

ولو فعله.. لم يفرق بينهما عنده.

وَلَا يُجْبِرُ وليٌّ بَالِغَةً وَلَو بكراً.

وقال مالك والشافعي: لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً؛ لأن النكاح إنما يراد لمقاصده، والتفويض إليهن فحلٌّ بها؛ لأنهن سيئات الاختيار.

إلا أن محمداً يقول: يرتفع الخلل بإجازة الولي.

ووجه الجواز: أنها تصرف في خالص حقها، وهي من أهله لكونها مكلفة، ولهذا كان لها التصرف في الأموال ولها اختيار الأزواج؛ وإنما تطالب الولي بالتزويج.. كيلا تنسب إلى الوقاحة لمباشرتها بنفسها لهذا العقد.

(ولا يجبر ولي [٣٤٦/أ] بالغة)؛ أي: ليس له ولاية تزويج الحرة البالغة ولو بكفؤ وهي ساخطة غير راضية.

(ولو) كانت البالغة (بكراً) هو في عرف الشرع: امرأة لم توطأ بالنكاح. كما في «المبسوط».

وقيل: لم تجامع بنكاح ولا بغيره، وهذا قولهما، والأول قوله، والصحيح: أن الأول قول الكل كما في «شرح النقاية» نقلاً عن «الظهيرية».

وفيه أيضاً: أن الولي لا يجبر الحر البالغ بطريق الأولى.

وكذا لا يجبر المكاتب والمكاتبة ولو صغيرين كما في «النظم».

وقال الشافعي: للولي إجبار البالغة اعتباراً لها كالصغير، بجامع أنها جاهلة لأمر النكاح؛ لعدم تجربتها، ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها.

قلنا: إنها حرة مخاطبة مكلفة فلا يكون للغير عليها ولاية، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها، وقد كمل بالبلوغ؛ بدليل توجه الخطاب إليها.. فصار كالتصرف في مالها، وكالغلام يجوز إجباره قبل البلوغ، وبعده: لا.

وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة، حتى لا يملكه مع نهيها؛ لأن الدلالة تبطل بصريح مخالفها، وقد صح من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة.. فخيرها النبي ﷺ.

وفي «الخانية»: إن الجد كالأب في قبض المهر؛ أي: عند عدم الأب. على ما في «الفصولين».

وفي «البحر» عن «جوامع الفقه»: أنه جعل القاضي كالأب في حق قبض المهر.

وفي «المبسوط»: بخلاف سائر الأولياء؛ فإنه ليس لهم حق قبض مهرها بدون أمرها.

وفي «الذخيرة»: للأب المخاصمة مع الزوج في مهر البكر البالغة كما له أن يقبضه، ولا يشترط إحضارها للاستيفاء عندنا، خلافاً لزفر.

فإن قال الزوج للقاضي: مر الأب ليقبض المهر مني وليسلم الجارية إلي.. **فإنَّ** القاضي يقول: اقبض المهر وادفعها إليه؛ فإن امتنع الأب من ذلك.. ليس على الزوج دفعه إليه.

وإن قال الأب: ليست في منزلي ولا أعرف مكانها.. فليس على الزوج دفعه أيضاً.

وإن قال الأب: هي في منزلي وأنا أقبض المهر وأجهزها به وأسلمها إليه.. فالقاضي يأمر الزوج بالدفع إليه؛ فإن طلب الزوج كفيلاً بالمهر.. فالقاضي يأمر الأب بكفيل بالمهر؛ فإذا أتى بكفيل.. أمر الزوج بدفع المهر، وإن سلم البنت.. برأ الكفيل.

وفي «الظهيرية»: رجل تزوج بكراً بالغة على مهر مسمى ودفع إلى أبيها بمهرها ضيعة، فلما بلغها الخبر.. قالت: لا أرضى بما فعل الأب.. ينظر، إن كان في بلد لم يجر التعارف بدفع الضيعة في المهر.. لم يجز؛ لأن هذا شراء، والبلوغ قاطع للولاية فيه، وإن كان في بلد جرى التعارف بذلك.. جاز؛ لأن هذا قبض للمهر.

وإن كانت البنت صغيرة فأخذ الأب مكان المهر ضيعة لا تساوي المهر؛ فإن كان في بلد جرى التعارف بذلك.. جاز، وإلا.. فلا. انتهى.

فَإِن اسْتَأْذَنَ الْوَلِيُّ الْبكرَ فَسَكَتَتْ أَو ضحِكت أَو بَكت بِلَا صَوتٍ.. فَهُوَ إِذنٌ، وَمَعَ الصَّوْتِ: ردٌّ ....

وفي «البحر» عن «الذخيرة»: وعليه الفتوى.

(**فإن استأذن الولي البكر**) البالغة؛ سواء كان قبل النكاح أو بعده، والسنة أن يستأذنها قبله. [٣٤٦/ب]

وفي «الحاوي»: ويستحب للولي عند الاستئذان أن يدنو إليها، ويقول بحيث تسمع وتفهم: إن فلاناً يذكرك ويسمي الزوج.

(**فسكتت أو ضحكت أو بكت بلا صوت**)، وفي «الزيلعي» عن المرغيناني: أن دمعها: إن كان بارداً.. يكون رضا، وإن كان حاراً.. لا يكون رضا. انتهى.

وكذا لو تزوجها عندها ففعلت هذه الأفعال الثلاثة.

(**فهو**)؛ أي: كل واحد من هذه الثلاثة (**إذن**) لنكاح الولي.

(**ومع الصوت: ردّ**)

أما السكوت: فلما في السنن من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح البكر حتى تستأذن»، قالوا: يا رسول الله كيف إذنها؟ قال: «أن تسكت».

ولأن جنبة الرضا فيه راجحة؛ لأنها لا تستحيي عن إظهار الرغبة لا عن الرد.

وأما الضحك: فلأنه في الغالب يكون عن سرور وفرح، فيكون أدل على الرضا.

وأما البكاء: فعن أبي يوسف فيه روايتان: في رواية: يكون رداً وهو قول محمد؛ لأنه غالباً يكون عن حزن، والمختار أنه: إن كان مع الصياح.. يكون دليلاً على الرد، وإلا.. يكون دليلاً على الرضا.

ذكر في «الفصولين»: إن السكوت رضا في مسائل كالنطق؛

منها: سكوت البكر عند استئذان الولي قبل التزويج وبعده.

ومنها: سكوتها عند قبض الأب أو الجد مهرها.

ومنها: سكوت الصبية إذا بلغت بكراً، ويبطل خيار بلوغها، لا لو بلغت ثيباً.

ومنها: بكر حلفت أن لا تزوج نفسها، فزوجها أبوها فسكتت.. حنثت في يمينها ولزم النكاح.

ومنها: تصدق على إنسان فسكت المتصدق عليه.. فسكوته قبول يثبت له الملك، لا الموهوب له.. فإن سكوته ليس بقبول. كذا في «الأشباه».

ومنها: سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه.. فهو إذن له.

ومنها: سكوت المديون عند إبراء ذمته: قبول، ويرتد بردّه.

ومنها: سكوت المقر له: قبول، ويرتد برده.

ومنها: سكوت الوكيل: قبول، ويرتد برده.

ومنها: سكوت الموصى إليه: قبول؛ يعني: لو أوصى إلى رجل فسكت في حياته فلما مات باع الوصي بعض التركة أو قضى دينه.. فهو قبول.

ومنها: سكوت المفوض إليه: قبول للتفويض، وله رده.

ومنها: سكوت الموقوف عليه: قبول، ولو رده.. قيل: يبطل، وقيل: لا.

ومنها: سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة؛ أي: تواضعا على تلجئة، ثم قال أحدهما لصاحبه: قد بدا إليَّ أن أجعله بيعاً صحيحاً، ثم سكت الآخر، ثم تبايعا.. صح البيع، وليس للساكت إبطاله.

ومنها: سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين: رضى.

ومنها: سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشتري: يسقط الخيار.

ومنها: سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع: إذن بقبضه.

ومنها: سكوت الشفيع حين علم بالبيع.

ومنها: سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري: إذن في التجارة.

ومنها: لو حلف المولى لا يأذن له فرآه فسكت.. حنث في ظاهر [٣٤٧/أ] الرواية.

ومنها: سكوت القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجناية: إقرار برقِّهِ إن كان يعقل.

قال في «البزازية»: سكوت مجهول النسب عند البيع: إقرار منه بالرق، وكذا إذا بيع، قيل له: قم مع مولاك، فقام ساكناً.. يكون إقراراً بالرق، حتى لا تسمع دعوى الحرية بعده منه بلا بينة، بخلاف ما إذا لم يسبقه الانقياد حيث لا يحتاج مدعي الرق عليه إلى إثباته. انتهى. وهكذا في «الخلاصة».

قلت: مرادهم بالسكوت عند البيع: هو السكوت عند البيع والتسليم إلى المشتري، وأما سكوته عند البيع بدون التسليم.. فليس بإقرار منه بالرق كما في الفصل الأربعين من «العمادية».

ومنها: لو حلف لا ينزل فلاناً في داره وهو نازل فيها فسكت.. حنث، لا لو قال: اخرج، فلم يخرج فسكت.

ومنها: سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته: إقرار فلا يملك نفيه.

ومنها: سكوت المولى عند ولادة أم ولده: إقرار به.

ومنها: السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب: فهو رضا بالعيب.

ومنها: سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولي.

ومنها: سكوت زوجته أو قريبه عند بيع العقار، على ما صرح به في «قاضي خان» قبيل باب الربا؛ حيث قال فيه: رجل باع عقاراً وسلَّم وامرأته أو ولده أو قريبه حاضر ولم يقل شيئاً، ثم ادعى على المشتري من كان حاضراً وقت البيع أن العقار له.. اختلف المشايخ فيه:

قال مشايخ سمرقند: لا يسمع دعواه.

وقال مشايخنا: يسمع دعواه فينظر المفتي في ذلك، إن كان في رأيه أنه لا يسمع هذه الدعوى وأفتى بذلك.. كان حسناً سداً لباب التزوير، وإن لم يكن له رأي في ذلك.. يفتي بقول مشايخنا؛ لأن الفضولي إذا باع مال الغير وصاحب المال حاضر ولم يقل شيئاً.. لم يكن سكوته إجازة.

وهذا إذا لم يكن السلطان استثنى في تقليد القاضي سماع هذه الدعوى. انتهى.

وهكذا ذكره في «العمادية» و«الفصولين» و«البزازية».

وذكر «قاضي خان» في باب ما يبطل دعوى المدعي: الصحيح أن دعواه مسموعة؛ كما أفتى به مشايخنا في سكوت زوجة البائع وقريبه.

وهل هو كذلك في سكوت الأجنبي عند البيع؟

قال في آخر دعوى «البزازية» قبيل باب الاستحقاق: إن سكوت الأجنبي عند البيع لم يكن إقراراً منه أن المبيع ملك البائع، لكنه قال في «الأشباه» نقلاً عن «الفصولين»: رآه يبيع أرضاً أو داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت.. سقط دعواه. انتهى.

فالظاهر منه: أن سكوت الأجنبي عند البيع إقرار منه بأن المبيع ملك البائع مثل سكوت القريب، اللهم إلا أن يفرق بينهما ويقال: إن سكوت الأجنبي مع انضمام تصرف المشتري إقرار، بخلاف سكوت القريب؛ فإنه إقرار مطلقاً ، وبخلاف ما إذا فوض أرضه إلى رجل ورآه شخص وسكت، ثم ادعى أن تلك الأرض له.. يسمع ،

وبخلاف ما إذا رأى شخصاً يبيع [٣٤٧/ب] ملكه وسكت ولم يمنعه عن البيع.. لم يكن سكوته توكيلاً له بالبيع إلّا عند ابن أبي ليلى.

ومنها: أحد شريكي العنان قال للآخر: إني اشتري هذه الأمة لنفسي خاصة، فسكت الشريك.. يكون للمشتري كما في «الأشباه».

لكن المذكور في «العمادي» و«الفصولين»: لا يكون له ما لم يقل الشريك: نعم، بل يكون لهما.

ومنها: سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين: إني أريد شراءه لنفسي فشراه.. كان له.

ومنها: سكوت وليّ الصبي العاقل إذا رآه يبيع ويشتري.. إذنٌ له.

ومنها: سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه [.. رضا].

ومنها: سكوت الحالف لا يستخدم مملوكه، ثم خدمه بلا أمره ولم ينهه.. حِنْثٌ.

ومنها: أنها دفعت لبنتها في تجهيزها أشياء من أمتعة الأب وهو ساكت، فليس [له] الاسترداد.

ومنها: أنفقت الأم في جهاز ابنتها ما هو معتاد فسكت الأب.. لم تضمن الأم.

ومنها: باع جارية وعليها حلي وقرطان، ولم يشترط ذلك للمشتري، لكن سلم الجارية وذهب بها والبائع ساكت.. كان سكوته بمنزلة التسليم، فكان الحلي للمشتري.

ومنها: سكوت الراهن عند قبض المرتهن الرهن.. إذنٌ له، بخلاف ما لو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن وسكت.. لا يبطل الرهن بسكوته، ولا يكون رضا في رواية، كذا في «الأشباه».

وَكَذَا لَو زَوَّجَهَا فبلغها الْخَبَرُ.

(وكذا لو زوجها فبلغها الخبر) أي: لو زوّج الوليّ البكر البالغة فبلغها خبر النكاح فسكتت، أو ضحكت، أو بكت بلا صوت.. فهو إذن على ما مر.

وعن محمّد بن مقاتل: إنّه إذا استأذنها قبل العقد فسكتت.. فهو إذن منها؛ أما إذا زوّجها وبلغها الخبر فسكتت.. فليس بإذن؛ لأن الحاجة بعد العقد إلى الإجازة، والسكوت ليس بإجازة.

والمختار: هو الأوّل؛ اعتباراً بالسكوت قبل العقد، وعن أبي يوسف: سكوتها بعد العقد.

ثم المخبر إن كان فضوليّاً.. يشترط فيه العدد أو العدالة، عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

ولو كان رسولاً.. لا يشترط إجماعاً؛ له: أنّ هذا الإخبار ممّا فيه إلزام من وجه دون وجه، وكلّ ما كان كذلك.. يشترط فيه العدد أو العدالة عنده؛ كالشفيع إذا أخبر ببيع المشفوع، والوكيل بالعزل، والعبد المأذون له في التجارة بالحجر، والمولى بجناية عبده، فتصرف فيه بالعتق أو البيع بعد الإخبار، والمسلم الذي لم يهاجر إلينا بشيء من الشرائع.

وقالا: إنّ هذا الخبر ليس مما فيه إلزام أصلاً؛ كالوكالات والمضاربات، والرسالة في الهدايا، والإذن في التجارات، وكل ما كان كذلك.. لا يشترط فيه العدد أو العدالة، بل إنما يشترط فيه أن يكون المخبر مميّزا؛ سواء كان عدلا أو لا.

وفي «الخلاصة» عن «المحيط»: البكر إذا بلغها الخبر فقالت: لا أرضى، ثم قالت: رضيت.. لا نكاح بينهما.

وعن هذا استحسن مشايخنا تجديد العقد عند الزفاف؛ لأن البكر عسى تظهر الرد عند السماع.

وإذا زوّج البكر وليّان؛ كلّ واحد من رجل آخر، وهما في الدرجة سواء، فبلغها

وَشُرِطَ فيهِمَا تَسْمِيَةُ الزَّوْجِ لَا الْمهْرِ هُوَ الصَّحِيحُ.

العقدان فأجازتهما [٣٤٨/أ].. بطلا، ولو سكتت ولم يظهر منها رضاء.. بطلا في رواية، وفي رواية: الأمر موقوف، ليس بردّ ولا إجازة. انتهى.

فعلم منه: أن كون سكوتها رضا فيما لو زوّجها الولّي الواحد.

(**وشرط فيهما**)؛ أي: في الاستئذان وبلوغ الخبر: (**تسمية الزوج**) على وجه يحصل لها بذلك المعرفة لتظهر رغبتها فيه، حتى لو قال: أريد أن أزوجك من رجل أو أحد جيراني، أو أحد بني عمّي، أو بني تميم، فسكتت.. لا يكون سكوتها رضا؛ لأن الرضاء بالمجهول لا يتصور.

وأما لو قال لها: أريد أن أزوجك فلاناً أو فلاناً، فذكر جماعة يحصون.. فسكوتها إذن؛ فللولي أن يزوجها لمن شاء ممن يذكر.. وكذا لو قال لها: زوجتك من أحد جيراني وهم جماعة يحصون، وإلا.. فلا.

(**لا المهر، هو الصحيح**) كذا في شرح «الجامع الصغير» للإمام فخر الدين، واختاره في «الهداية» و«الخلاصة» معلّلاً: بأنّ تسمية الصّداق في النكاح ليس بشرط، فكذا في الاستئذان.

وفي «الذخيرة»: وهو المذهب.

وقيل: يشترط ذكر المهر؛ لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة.

وفي «الذخيرة»: وهو قول المتأخرين.

وقيل: إن المزوّج إذا كان أباً أو جَدّاً.. لا يشترط تسمية المهر، بل يكفي تسمية الزوج، وإن كان غيرهما.. يشترط.

وصحّحه في «الكافي» و«المعراج».

وفي «البحر»: وكأنه سهو وقع عن قائله؛ لأن التفرقة بين الأب والجد وبين غيرهما إنما هو في تزويج الصغيرة بحكم الجبر، والكلام هنا في الكبيرة التي وجب

وَلَوِ استأذنها غيرُ الْوَلِيِّ الْأَقْرَبِ.. فَلَا بدّ منَ القَوْلِ.
وَكَذَا لَو اسْتَأْذنَ الثّيّبَ.

مشاورتها، والأب في ذلك كالأجنبي لا يفعل شيئاً إلا برضاها.

وقيل: إن قال: زوجتك رجلاً.. جاز سكوتها بلا تسمية الزوج، ولو قال: زوجتك.. لا يجوز حتى يسمي الزوج، والصحيح: أن الإخبار كالاستئذان في شرط تسمية الزوج على ما في «الكفاية»..

(**ولو استأذنها**)؛ أي: البكر البالغة (**غير الولي الأقرب**)؛ أي: مع وجود الأقرب؛ سواء كان غير الأقرب: قريباً لها كالأخ، أو أجنبياً، أو قريباً لها لكنه لا ولاية له عليها؛ بأن كان كافراً، أو عبداً، أو مكاتباً - (.. **فلا بد من القول**) الدال على الرضاء صريحاً؛ لأن هذا السكوت يجوز أن يكون لقلّة الالتفات إلى كلامه، فلم يقع دلالة على الرضاء، إلا أن يكون المستأذن رسول الولي الأقرب؛ لأنه قائم مقامه.

وعن الكرخي: إن سكوتها - عند استئذان غير الولي الأقرب - إذن؛ لأنها تستحي منه أكثر مما تستحي من الولي الأقرب، والأصح: هو الأول؛ لأن جعل السّكوت رضاء ضروري، وقد اندفعت الضرورة بجعله رضا في حق الأولياء القريب، كذا في «الزيلعي».

(**وكذا**)؛ أي: لا بد من القول: (**لو استأذن**) الولي الأقرب (**الثيب**)؛ لقوله ﷺ: «الثيب تشاور» من المفاعلة، يقتضي الفعل من الجانبين، وقد وجد النطق من الولي، فلا بد من الجانب الآخر أيضاً.

والنطق لا يعد عيباً من الثيب؛ لقلة الحياء منها بكثرة الممارسة، فلا مانع من النطق مع وجود المقتضي، فلا بدّ منه. كذا قالوا، وتعقبه في «الزيلعي» وقال: وليس في هذا الحديث دلالة على اشتراط النطق للثيب؛ فإن البكر تشاور أيضاً [٣٤٨/ب]، مع أنه لا يشترط النطق لها، فكذا لا يشترط في حق الثيب أيضاً، بل رضاها قد يتحقق.

وَمن زَالَت بكَارَتُهَا بوثبَةٍ أَو حَيْضَةٍ أَو جِرَاحَةٍ أَو تعنيسٍ.. فَهِيَ بِكرٌ.
وَكَذَا لَو زَالَت بزنا خَفِيّ. ....

تارةً بالقول؛ كقولها: «رضيت، أو قبلت، أو أحسنت، أو بارك الله لك أو لنا، ونحوها.

وتارةً بالدلالة؛ كطلب مهرها ونفقتها، أو تمكينها من الوطء، وقبول التهنئة، والضحك بالسّرور من غير استهزاء، فثبت بهذا: أنّه لا فرق بينهما في اشتراط الاستئذان والرضاء، وإن رضاهما قد يكون صريحاً، وقد يكون دلالة، غير أن السكوت من البكر رضا دلالة دون الثيب لقلة حياها. انتهى.

(ومن زالت بكارتها: بوثبة، أو حيضة، أو جراحة، أو تعنيس) - عَنَسَتْ المرأة تَعْنِسُ من باب ضرب: إذا طال مكثها في منزل أهلها بعد إدراكها، ولم تتزوج حتى خرجت من عداد الأبكار - (.. فهي بكر)؛ أي: لها حكم الأبكار في أن سكوتها رضا في الاستئذان وبلوغ الخبر في الولي الأقرب.

وقال الشافعي: هن ثيب؛ لأن البكر اسم لامرأة عذرتها قائمة، والثيب من زالت عذرتها، وهذه قد زالت عذرتها، فتكون ثيباً؛ ولهذا لو اشتراها على أنها بكر.. يردها إذا وجدها بهذه الصفة.

قلنا: إن البكر من يكون مصيبها أول مصيب لها، ومنه: «البكرة» لأوّل النهار، و«الباكورة» لأول الثمار، ولهذا تدخل في الوصية لأبكار بني فلان.

و[أما] مسألة ردّ الجارية؛ فقد قيل: لا يردّها إذا أقر المشتري بذلك.

فلنا: أن نمنع ذلك، ولو سلم ذلك، لكن ردّها ليس لكونها غير بكر، بل لفوات وصف مرغوب فيه داخل في العقد وهو العذرة؛ ولأن النطق إنما يسقط للحياء، وهو موجود في حقّهن؛ لأنها تستحي؛ لعدم الممارسة.

(وكذا) أي: بكر (لو زالت) بكارتها (بزنا خفي): بأن لا يظهر زناها بإقامة الحدّ عليها، وأن لا يكون الزنا عادة لها بالتكرر، هذا عند أبي حنيفة.

خلافاً لَهما.

وَلَو قَالَ الزَّوْجُ: سكتِّ..

(**خلافاً لهما**) وهو قول الشافعي، أي: لا يكتفى بسكوتها عندهم؛ لأنها ثيب حقيقة؛ لأن مصيبها عائد إليها، وهو مشتق من: «ثاب» إذا رجع، ومنه: المثوبة؛ أي: الثواب، والمثابة؛ أي: الموضع الذي يرجع إليه، والتثويب؛ أي: الإعلام بعد الإعلام.

وإذا كانت ثيباً.. وجب مشورتها بالنص على ما رويناه.

ولأبي حنيفة: إن سكوت البكر إنما جعل إذناً لعلة منصوص عليها، ولأن عائشة [قالت]: إن البكر تستحي، فقال النبي ﷺ: «سكوتها رضاها»، والكلام إذا خرج مخرج الجواب. يتضمن إعادة السؤال، فكأنه ﷺ قال: سكوتها رضاها؛ لأنها تستحي وعلة الحياء موجودة ههنا؛ لأنها ابتليت بالزنا كرهاً، أو من فرط الشبق، فلا يزول حياها بل يزداد؛ لأن الناس يعرفونها بكراً؛ فإذا وجدت العلّة.. يترتب عليها حكمها، فتمتنع عن النطق ويكتفى بسكوتها.

ولا حجة لهم في حديث المشورة؛ لأنه خص منه الأمة والمجنونة، والعمل بالعلة المنصوصة: أولى من العمل بالنص المخصوص منه البعض.

بخلاف من وطئت بشبهة أو نكاح فاسد؛ حيث لا يكتفى بسكوتها؛ لعدم الحياء هنا؛ لأن الشرع أظهره، حيث علّق به أحكاماً من لزوم [٣٤٩/أ] العدة والمهر وإثبات النسب، فلم يبق الحياء.

حتى لو أظهر الزنا بالحد أو العادة.. لا يكتفى بسكوتها أيضاً على ما ذكرناه.

وفي «الزيلعي»: ولو خلا بها زوجها، ثم طلّقها قبل الدخول بها، أو فرق بينهما بعنة أو جب.. تزوج كما تزوج الأبكار، وإن وجبت عليها العدة؛ لأنها بكر حقيقة والحياء فيها موجود.

(**ولو قال لها الزوج: سكت**) حين بلغك خبر النكاح، أو حين الاستئذان،

وَقَالَت: رددتُ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ.. فَالْقَوْلُ لَهَا،.............................

(وقالت) المرأة: **(رددت، ولا بينة له.. فالقول لها)**.

وقال زفر: القول قول الزوج؛ لأن السكوت أصل والرد عارض، فكان الظاهر شاهداً له، فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرّد بعد مضي المدّة؛ حيث لا يقبل قوله.

وكما إذا ادّعى المشتري خيار الشرط أو البائع.. فالقول لصاحبه؛ لما قلنا.

وكما إذا زوّجها الولي وهي صغيرة، ثم أدركت وادعت أنها ردت النكاح حين بلغت، وكذبها الزوج.. كان القول له.

قلنا: إنه يدعي عليها لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تنكر، فصار القول للمنكر؛ كالمودع إذا ادّعى رد الوديعة.. فالقول للمنكر بخلاف مسألة الخيار؛ لأن العقد لزم بمضي مدّة الخيار، ولم يظهر اللزوم هنا.

وبخلاف دعوى خيار الشرط؛ لأنه عارض، والأصل عدمه.

وبخلاف ما إذا زوجها الولي وهي صغيرة؛ لأن العقد نفذ عليها في حالة الصغر، والظاهر: بقاؤه، وهي بدعواها الفسخ تريد إبطاله.. فلا يقبل قولها إلا بحجة؛ وهذا لأن الشيء إذا ثبت في وقت.. فالظاهر بقاؤه، فلا يقبل منها إسناد الفسخ إلى وقت الإدراك، حتى لو قالت عند القاضي: أدركت الآن وفسخت.. صح؛ لأن القول قولها.

هذا إذا لم يكن لها بينة على ما أشار إليه لفظه، وأما إذا أقام أيّهما بينة.. قبلت بينته، وإن أقاماها معاً.. فالبينة بينة المرأة؛ لأنها تثبت خلاف الأصل وهو الرد؛ لأن الأصل هو السكوت، والبينات شرعت لإثبات خلاف الأصل؛ كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة.. فالقول قوله، والبينة بينته، كذا في «الزيلعي».

ثم ذكر عن «قاضي خان»: إن الزوج إذا أقام بينة على أنها أجازت النكاح حين أخبرت، وأقامت هي على أنها ردّت حين أخبرت.. كانت البينة بينة الزوج؛ لأنها بينة

وتحلفُ عِنْدَهمَا لَا عِنْد الإِمَامِ.

اللزوم فرجحت، بخلاف الأول؛ لأن بينة الزوج قامت فيه على أمر عدمي، وهو السكوت. انتهى.

فيه: أن البنية على السكوت ليست على العدم، بل على الوجود؛ لأنه عبارة عن ضم الشفتين، ويلزمه عدم الكلام على ما في «البحر» عن «المعراج»، وكذا في «البزازية»، ولو سلّم ذلك، لكن البينة على النفي مقبولة عند إحاطة علم الشاهد به.

كما لو ادّعت أن زوجها تكلم بكلمة الكفر في مجلس، وأقام الزوج على عدم التكلم فيه؛ فإنه تقبل بينته.

ثم ما ذكره عن «قاضي خان» مخالف لما في «الخلاصة» عن الخصاف في هذه المسألة؛ حيث قال: ولو أقام الزوج أو الأب البينة على [٣٤٩/ب] الإجازة، والمرأة على الرد.. فبينتها أولى من بينته.

ثم ذكر فيها عن «الجامع الكبير»: القول قولها، والبينة بينتها.

قيدنا بعدم الدخول بها؛ لأنه لو كان دخل بها طوعاً.. فإنها لا تصدق في دعوى الرّد، بخلاف ما إذا كان كرهاً؛ فإنها تصدق كذا في «البحر» عن «الخانية».

(**وتحلف**) الزوجة عند عدم بينة الزّوج (**عندهما لا عند الإمام**)، وهذا بناء على أنّ فائدة اليمين القضاء بالنكول، وهو بدل عنده، وإقرار عندهما.

وثمرة الخلاف تظهر في كل موضع لا يصح فيه البدل، وهي المسائل الست التي سيأتي بيانها في كتاب الدعوى.

وفي «الزيلعي» عزواً إلى «الغاية»: إن رجلاً لو ادعى على الأب أنه زوجه ابنته الصغيرة، فأنكر الأب.. يحلف عند أبي حنيفة، وفي الكبيرة: لا يحلف عنده؛ اعتباراً بالإقرار فيهما.

قال: وهذا مشكل جداً على قوله؛ لأن امتناع اليمين عنده لامتناع البدل، لا لامتناع الإقرار، ألا ترى أنّ المرأة لو أقرّت لرجل بالنكاح.. نفذ إقرارها، ومع هذا لا

وللوليِّ نِكَاحَ الْمَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَلَو ثَيِّباً؛ ....

يحلف، والأشبه: أن يكون هذا قولهما. انتهى.

وصرح في «العمادي» كونه قولهما.

(وللولي) وهو العصبة على ترتيب الإرث، فأقرب الأولياء: الابن وابن الابن وإن سفل، ثم الأب وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم لأب، ثم ابن الأخ لأب وأمّ، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب، ثم أعمام الجد، ثم مولى العتاقة، ثم عصبة مولى العتاقة.

وفي «البحر»: ثم المعتق وإن كان امرأة، ثم بنوه وإن سفلوا، ثم عصبته من النسب على ترتيب عصباته النسّبية، كذا في «فتح القدير» وغيره. انتهى.

لكن هذا الترتيب لا يتصور في الصغير والصغيرة؛ لأنه ليس لها ابن، بل المتصور لهما هو الترتيب بعد الأب إلى آخر العصبات، والترتيب المذكور إنما هو في المجنون والمجنونة، والمعتوه والمعتوهة.

(إنكاح المجنونة) والمجنون، **(والصغير والصغيرة)**، ولو أقر الولي نكاحهما عند القاضي.. لم يصدّق عند أبي حنيفة؛ لأنه إقرار على الغير، إلا أن يشهد الشهود على النكاح، أو يصدقه الصغير والصغيرة بعد بلوغهما.

وقالا: يصدق مطلقاً.

وكذا الخلاف في وكيل رجل أو امرأة ومولى العبد، بخلاف مولى الأمة؛ فإنه يصدق مطلقاً بالاتفاق.

صورته: أن يدعي عند القاضي رجل على أبي الصغيرة أنه زوجها منه، وأقر الأب به بين يدي القاضي؛ فإنه لا يقضي بالنكاح ما لم يأت الزوج ببينة يشهدون على ما ادعاه، وينصب القاضي إنسانا عن الصغيرة حتى ينكر النكاح، فيقم البينة عليه، أو تدرك الصغيرة فتصدق الرجل أو الأب، فحينئذٍ يقضي بالنكاح.

(ولو) - وصلية؛ أي: ولو كانت الصغيرة - **(ثيباً)**.

وقال مالك: لا يجوز لغير الأب من العصبات المذكورة؛ لأن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة، ولا حاجة في الصغير والصغيرة؛ لانعدام الشهود، إلا أن ولاية الأب [٣٥٠/أ] ثبتت نصاً على خلاف القياس، والجد ليس في معناه، فلا يلحق به.

قلنا: لا، بل هو موافق للقياس؛ لأن النكاح يتضمن المصالح من التناسل، والازدواج، وقضاء الشهوة، ولا تتوفر إلا بين متكافئين عادة، ولا يتحقق الكفؤ في كل زمان، فأثبتنا الولاية في حال الصغير إحراز الكفؤ لكل من يتأتى منه الإحراز، أباً أو غيره.

وقال الشافعي: لا يجوز لغير الأب والجد إذا كانت الصغيرة بكراً، وإن كانت ثيباً.. فلا ولاية لهما عليها أصلاً؛ لأن الولاية نظرية، ولا يتم النظر بالتفويض إلى غير الأب والجد؛ لقصور الشفقة وبعد القرابة، ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة؛ فلأن لا يملك في النفس أولى، ولأن الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة، فأدرنا الحكم عليها تيسيراً.

قلنا: إن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد، وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الإلزام، بخلاف التصرف في المال؛ لأنه يتكرر ببيع الولي، ثم المشتري، ثم وثم، فلا يمكن تدارك الخلل، فلا تفيد الولاية إلا ملزمة، ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام، وإنّ المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة، وقد تحققت للصغيرة لو ثيباً، ومانع قصور الشفقة قد انتفى؛ لأن الشفقة من الأب والجد متوافرة، وعند وجود المقتضي وانتفاء المانع.. يجب تحقق الحكم، وحصول الرأي للصغيرة الثيب ممنوع.

والمراد بالمجنون ههنا: المجنون المطبق على ما صرّح به في «البحر».

ثم قال: عزواً إلى «الولوالجي»: الرجل إذا كان يجن يوماً ويومين أو أقل من ذلك.. لا يثبت.

وفي «الخانية»: رجل زوّج ابنه البالغ بغير إذن، فجنّ الابن قبل الإجازة؟ قالوا: ينبغي للأب أن يقول: أجزت النكاح على ابني؛ لأن الأب يملك إنشاء النكاح عليه بعد الجنون، فيملك إجازته.

وفي «الخلاصة»: ولاية الأب على الابن في ماله: بالبيع والشراء، وفي نفسه: بالنكاح إذا بلغ مجنوناً أو معتوهاً.. تبقى، ولو بلغ عاقلاً، ثم جنّ أو عته.. قال الفقيه أبو الليث: عند أبي يوسف: لا تعود، وعند محمّد: تعود.

وقال الإمام الميداني: عند الثلاثة تعود.

والأب إذا جنّ أو عته.. على قول الكلّ لا تثبت للابن الولاية في مال الأب.

وهل تثبت ولاية التزويج للابن؟

قال في «التجريد» وليها: ابنها لا أبوها عند أبي يوسف، وعند محمّد: الأب أولى.

وفي «المحيط»: الابن أولى عند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وعند محمد: الأب أولى.

وكذا الاختلاف في الجدّ مع الابن.

والجد أولى من الأخ عند أبي حنيفة، وعندهما: سواء.

وأبو حنيفة لم يوقت في الجنون المطبق في رواية، وفي أخرى عنه: قدّره بشهر، وبه يفتى على ما في «البزازية».

وقال أبو يوسف: مقدّر بأكثر السنة، وفي رواية عنه: إنه مقدر بأكثر من يوم وليلة.

وقال محمد: مقدر بسنة كاملة، وفي رواية عنه: بتسعة أشهر؛ فإن كان يجنّ ويفيق.. ينفذ تصرفه حالة [٣٥٠/ب] الإفاقة، ولا يثبت عليه ولاية أحد لو كان جنونه يوماً أو يومين، كذا في «البزازية».

فَإِن كَانَ أَبَاً أَو جداً.. لزمَ، ....

(فإن كان) الولي المزوِّج (أبا أو جداً) أي: أب الأب (.. لزم) العقد؛ لأنهما كاملا الرأي وأوفرا الشفقة، فيلزم ما عقدا على الصغيرين كما إذا باشراها برضاهما بعد البلوغ، ولو بغبن فاحش عند أبي حنيفة، وليس لهما خيار البلوغ.

وكذا الحال في تزويجهما المجنون والمجنونة، وليس لهما خيار بعد الإفاقة.

ولو زوّجهما الابن.. فكذلك، بل هو أولى؛ بناء على ما ذكرناه من «التجريد» و«المحيط» من أنّ وليهما ابنهما.

وقال في «قاضي خان»: غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة؟ قالوا: الأحوط أن يزوّجها مرّتين: مرة بمهر مسمّى، ومرة بغير تسمية؛ لوجهين:

أحدهما: أنه لو كان في التسمية نقصان فاحش ولم يصح النكاح الأوّل.. يصح الثاني بمهر المثل.

والثاني: أن الزوج لو كان حلف بطلاق امرأة يتزوّجها بلفظ «إن تزوّجت امرأة.. فهي طالق»، أو بلفظ «كل امرأة أتزوجها فهي طالق»؛ فإذا تزوّجها.. ينحل اليمين بالنكاح الأوّل، ويقع عليها الطلاق، فتحل بالنكاح الثاني.

وإن كان المزوج هو الأب أو الجدّ.. ينبغي أن يباشر النكاح على هذا الوجه مرتين عند أبي يوسف ومحمد؛ لما ذكرناه من الوجهين؛ لأن عندهما الأب والجدّ لا يملكان النكاح بأقل من مهر المثل نقصاناً فاحشاً، كما لا يملك غير الأب والجد عند الكل.

وأما عند أبي حنيفة.. فهما يملكان النكاح بأقلّ من مهر المثل، فيباشر النكاح مرتين على هذا الوجه؛ احتياطاً للوجه الثاني، وإنما يباشر النكاح الثاني بغير تسمية؛ لأنه لو سمّى المهر في النكاح الثاني - وعند البعض: إن الرّجل إذا جدّد النكاح في المنكوحة - يلزم مهران، فربما يرفع الأمر إلى القاضي، يرى ذلك فيقضي عليه بمهرين. انتهى.

وَإِن كَانَ غَيرَهمَا ....

والخلاف بينه وبين صاحبيه في جواز المهر بأقل من مهر المثل في الصّاحي لا في السكران؛ لما في «الخلاصة» عزواً إلى «مجمع النوازل»: السكران إذا زوج بنته الصغيرة، ونقص عن مهر مثلها، أو زاد على مهر الابن.. لا يصح بالإجماع، والخلاف في الصاحي. انتهى.

ولو عرف منه سوء الاختيار لطمعه أو سفهه.. لا يصح اتفاقاً.

وفي «القنية»: زوّج ابنته الصّغيرة من رجل ظنه مصلياً لا يشرب الخمر، وأخبره الناس بذلك، فوجده شريباً مدمناً؛ إن لم يُعلم الأب شريباً، وكان غلبة أهل بيته الصلاح.. فالنكاح باطل بالاتّفاق. انتهى.

وفي «البحر»: أطلق الأب والجد، وقيده الشارحون وغيرهم بأن لا يكون معروفاً بسوء الاختيار، حتى لو كان معروفاً بذلك مجانة أو فسقاً.. فالعقد فاسد على الصحيح. انتهى.

(**وإن كان**) المزوج للصّغيرين (**غيرهما**)، أي: غير الأب والجد، ولو كان إماماً أو قاضياً على ما سيأتي ذكرهما.

وفي «الخلاصة»: غير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة من رجل كان جده معتق قوم وكان للصغيرة آباء أحرار، فأدركت الصغيرة وأجازت النكاح.. لا يجوز.

وكذلك لو كان جدّه [٣٥١/أ] كافراً، ثم أسلم صبي تزوج امرأة بالغة وغاب، فتزوجت المرأة بآخر، فحضر الصّبي وقد بلغ، فأجاز النكاح:

إن تزوجت قبل بلوغ الصبي.. جاز؛ لأن إقدامها على النكاح فسخ للأوّل.

وبعد بلوغه وإجازته:

إن كان النكاح بمهر المثل أو بما يتغابن النّاس فيه.. لا يجوز النكاح الثاني.

وإن كان بمهر لا يتغابن النّاس فيه، إن كان للصّغير أب أو جدّ.. جاز نكاحه؛ لأن له مجيزاً فيتوقف، وإن لم يكن.. لا يتوقّف؛ فإذا تزوّجت.. جاز. انتهى.

فَلَهُمَا الْخِيَارُ ....

فظهر منه أن جواز نكاح غير الأب والجد للصّغيرين مقيّد بكونه للكفؤ، وأن المراد بالغير ههنا أعم من سائر الأولياء الذين لهم ولاية الإنكاح، ومن نفس الصغير.

(.. **فلهما**) أي: للصغير والصغيرة (**الخيار**)؛ أي: خيار الفسخ بإلزام القاضي؛ لأن في خيار البلوغ لا تقع الفرقة ما لم يفسخ القاضي العقد؛ فإن كان ذلك قبل الدخول.. يسقط كل المهر؛ سواء كان ذلك من قبل الرجل، أو من قبل المرأة؛ لأنه ليس بطلاق، وإن كان بعد الدخول ولو حكماً.. لزمه كل المهر على ما في «قاضي خان».

وفي «البحر» نقلاً عن «التبيين»: لا يقال: النكاح لا يحتمل الفسخ، فلا يستقيم جعله فسخاً، لأنا نقول: المعنى بقولنا: «لا يحتمل الفسخ» أنه لا يحتمله **بعد التمام**، وهو النكاح الصحيح النافذ اللّازم، **وأما قبل التمام**.. فيحتمل الفسخ، وتزويج الأخ والعم صحيح نافذ، لكنه غير لازم.. فيقبل الفسخ.

ثم قال: ويرد عليه: ارتداد أحدهما؛ فإنه فسخ وهو بعد التمام ، وكذلك ملك أحد الزوجين صاحبه.. فالحق: أنه يقبل الفسخ مطلقاً إذا وجد ما يقتضيه شرعاً. انتهى.

قال في «نقد الفتاوى»: لا مهر لها في الفرقة بخيار البلوغ إن لم يدخل بها، وهذا فائدة كون الفرقة فسخاً، وفائدة أخرى: بعد الفرقة يملك بثلاث، وإن دخل بها.. فلها المسمّى، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول.. لا مهر عليه. انتهى.

واختلف في وقت دخول الصّغيرة، ففي «الخلاصة»: إذا كانت بنت خمس سنين.. لا يدخل، وإن كانت تسع سنين.. يدخل بها، وفي الست والسبع والثمان إن كانت ضخمة سمينة تحتمل الوطء.. يدخل بها، وإن كانت مهزولة.. لا.

إِذا بلغا أَو علما بِالنِّكَاحِ بعد الْبلُوغ، خلافاً لأبي يُوسُفَ.

وأكثر المشايخ: على أنه لا عبرة للسن، وإنما العبرة للطاقة كما في ختان الصبي.

واعلم: أن الفرقة أربعة عشر فرقة: **سبعة منها تحتاج إلى القضاء**: الفرقة بالجب، وبالعنة، وبإباء الزوج عن الإسلام، وباللعان، وبخيار البلوغ، وبعدم الكفؤ، وبنقصان المهر، والأربعة الأولى: طلاق، والثلاثة الأخيرة: فسخ، وكذا إباء المرأة عن الإسلام فسخ على ما في «البحر».

وسبعة منها لا يحتاج فيها إلى القضاء: الفرقة بخيار العتق، وبالإيلاء [و] بالردة، وتنجيز الزوج، وبتباين الدارين، وبملك أحد الزوجين صاحبه، ويكون النكاح فاسداً.

والأصل فيه: أن كل فرقة تبنى على سبب خفي.. يحتاج فيها إلى القضاء؛ كما في السبعة المذكورة، وكل فرقة تبنى على سبب ظاهر كما في السبعة الثانية.. لا يحتاج فيها إلى القضاء، كذا في [٣٥١/ب] «البحر».

وإذا رأت الصغيرة الدم في الليل.. تقول: فسخت النكاح وتشهد إذا أصبحت، وتقول: إنما رأيت الدّم الآن؛ لأنها لا تصدق في أن تقول: رأيت الدم في الليل وفسخت، ويسعها أن تقول هكذا وإن كان كذباً؛ لأن الكذب في بعض المواضع مباح، كذا في «الخلاصة».

(**إذا بلغا**) وقد كانا عالمين بالنكاح قبل البلوغ أو عنده، (**أو علما بالنكاح بعد البلوغ، خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأن النكاح عقد لازم، وقد صدر عن المولى، فلا يفسخ كما في إنكاح الأب والجد.

ولهما: أن العقد صدر ممن هو قاصر الشفقة.. فيثبت لهما الخيار إذا ملكا أنفسهما عملاً بالدليل.

يعني: أن أصل الشفقة يعمل في جواز العقد الصادر عنهم، وقصورها يعمل في إثبات الخيار.. فعملنا بالدليلين، بخلاف الأب والجد؛ إذ لا قصور في شفقتهم

وسكوتُ الْبكرِ رضىً.

وَلَا يَمْتَدُّ خِيَارهَا إِلَى آخرِ الْمجْلِسِ، وَإِن جَهِلَتْ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ، بِخِلَافِ الْمُعتَقَةِ.

أصلاً، والمجنون والمجنونة لهما خيار الفسخ إذا عقلا في تزويج غير الأب والجد، كذا في «البحر».

(وسكوت البكر رضىً)؛ أي: سكوتها عند البلوغ رضىً إن علمت النكاح، وإن لم تعلم النكاح.. فسكوتها عند العلم به بعد البلوغ رضا.

(ولا يمتد خيارها)؛ أي: البكر (إلى آخر المجلس)؛ أي: مجلس البلوغ أو مجلس العلم، بل يبطل فوراً بمجرد السكوت، حتى لو سألت عن اسم الزوج أو المهر، أو سلمت على الشهود.. بطل خيارها على ما في «كمال الدراية».

ولو بلغت في الليل.. تختار بلسانها وتقول: نقضت النكاح، وتُشهِد إن أمكن، وإلا.. فقبل قولها مع اليمين على ما في شرح «النقاية»، وقد ذكرنا عن «الخلاصة»: أنه ينبغي أن تقول: رأيت الدم الآن، وإن كان كذباً.

ولو اختارت وأشهدت ولم تتقدم إلى القاضي شهرين.. فهي على خيارها؛ كخيار العيب على ما في «التبيين».

(وإن جهلت أن لها الخيار)؛ لأن الجهل بالخيار ليس بعذر في حقّها في دار الإسلام؛ لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع.

وعن محمد: إن العلم بالخيار شرط كالعلم بنفس النكاح.

قلنا: إنما اشترط العلم بأصل النكاح؛ لأنها لا تتمكن من التصرف بالقبول أو الفسخ ما لم يعلم النكاح، بخلاف العلم بالخيار، والدار دار الإسلام.

(بخلاف المعتقة) المنكوحة؛ سواء كانت قنة، أو مدبرة، أو مكاتبة، أو أمّ ولد؛ وسواء كان قبل الدخول أو بعده، حرّاً كان زوجها أو عبداً؛ فإنها معذورة بالجهل

وَخيَارُ الْغُلَامِ وَالثَّيِّبِ لَا يَبطلُ، وَلَو قاما عَن الْمجْلِسِ.. مَا لم يرضيا صَرِيحاً أَو دِلَالَةً.

وَشرطُ الْقَضَاءِ للْفَسْخِ: فِي خِيَارِ الْبلُوغِ، ....

بالخيار؛ لأنها لم تتفرغ لعلم الأحكام من خدمة المولى، فيمتد خيارها إلى آخر المجلس، ويبطل بقيامها عنه.

وبخلاف المخيرة أيضاً؛ فإن خيارها يمتد إلى آخر المجلس، ويبطل بقيامها عنه.

والفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق: أن الأول يحتاج إلى القضاء، ويثبت للغلام والجارية دون الثاني، بل هو مختص بالمعتقة، ولا يحتاج إلى القضاء.

(**وخيار**) بلوغ (**الغلام**) الصغير، (**والثيب**) الحرة أو الأمة، (**لا يبطل**) بالسكوت، (**ولو**) - وصلية - (**قاما عن المجلس**)؛ لأن وقت خيارهما العمر، على ما في «البحر» (**ما لم يرضيا صريحاً**) بأن يقول: رضيت [٣٥٢/أ] أو قبلت، (**أو دلالة**) بأن فعل فعلاً يدلّ على الرضا؛ كإعطاء المهر، والتقبيل، وطلب النفقة من الزوج.

لا أكلها من طعامه وخدمتها له على ما في «الخلاصة».

ولا الخلوة بلا مسّ على ما في شرح «النقاية».

وهذا لأن خيارهما ثبت بعدم الرّضا لتوهم الخلل، فيبطل بالرضا صريحاً أو دلالة؛ لوجود المنافي دون غيرهما؛ لعدم المنافي.

(**وشرط القضاء للفسخ في خيار البلوغ**) من الغلام، والثيب، والبكر، والجارية، وفيه إشارة على أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق، وقد ذكرناه، وهل يشترط حضور الزوج في القضاء بالتفريق؟

قلت: نعم، ففي «البحر»: لو بلغت واختارت نفسها والزوج غائب.. لا يفرق بينهما ما لم يحضر الغائب، ولو كان الزوج صغيراً.. لا ينتظر كبره، ويفرق بينهما بحضرة والده أو وصيه. انتهى.

لَا فِي خِيَارِ الْعِتْقِ؛ فَإِن مَاتَ أَحدُهمَا قبلَ التَّفْرِيقِ.. وَرِثَه الآخرُ . بالغاً أَو لَا.

وفي «الجامع الأسترونشي»: زوجت صبية من صبي، فأدركت قبل بلوغه، فاختارت الفرقة.. فالحاكم لا يفرق بينهما إلّا بحضرة الخصم من جانبه من أب أو وصيه؛ فإن لم يكونا.. فالجد أو وصيه خصم؛ فإن لم يوجد أحدهما.. ينصب القاضي وصيّاً يخاصم عنه، وبطلب منه تبطل دعوى الفرقة ببينة على رضاها بالنكاح بعد البلوغ أو تأخيرها طلب الفرقة؛ فإن لم يظهر الخصم وأراد تحليفها؛ فإن حلفت.. يفرق الحاكم بحضرة الخصم بلا انتظار إلى بلوغه، بخلاف خيار المخيرة؛ فإنه طلاق لا فسخ؛ لكونه من جانب الزوج، ولا تحتاج إلى القضاء.

(**لا في خيار العتق**)؛ لأن الفسخ في خيار العتق لدفع ضرر جلي، وهو زيادة الملك عليها، فلا يحتاج فيه إلى القضاء، بخلاف الفسخ في خيار البلوغ؛ فإنه لدفع ضرر خفي، وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة الزوج حتى شمل الذكر والأنثى فيحتاج فيه إلى القضاء على ما أصلناه.

(**فإن مات أحدهما**)؛ أي: أحد الزوجين اللذين كلاهما صغيران، أو أحدهما صغير والآخر كبير (**قبل التفريق**) من طرف القاضي؛ لأن الفرقة بينهما لا تقع إلا بقضاء القاضي على ما مر (.. **ورثه الآخر**)؛ لأن النكاح صحيح والملك به ثابت؛ فإذا مات أحدهما.. فقد انتهى النكاح؛ سواء مات قبل البلوغ أو بعده؛ لما ذكرناه من أن الفرقة لا تقع إلا بالقضاء، فيتوارثان، ويجب المهر كله، وإن مات قبل الدخول. كما لو جدَّ الاعتراض بعدم الكفاءة فمات أحدهما قبل القضاء بالفسخ، ولهذا حلّ له الوطء قبل التفريق بالقضاء.

بخلاف النكاح الفاسد؛ لأن أصل الملك لم يكن ثابتاً، فلا يثبت حلّ الوطء والتوارث.

وبخلاف نكاح الفضولي؛ لأن النكاح ثمة موقوف لا نافذ، فيبطل بالموت قبل الإجازة لا منته.

(**بالغاً أو لا**)؛ لما ذكرناه.

وَالْوَلِيُّ هُوَ الْعصبَةُ نسباً أَو سَبباً على تَرْتِيبِ الْإِرْثِ.

وَابْنُ الْمَجْنُونَةِ مقدَّمٌ على أَبِيهَا؛ خلافاً لمُحَمَّدٍ.

ولما أجمل الوليَّ.. شرع في تفصيله، فقال: (**والولي هو: العصبة نسباً أو سبباً على ترتيب الإرث**) على ما ذكرناه.

(**وابن المجنونة**)؛ أي: الكبيرة (**مقدم على أبيها**) عند اجتماعهما، وهذا عندهما [٣٥٢/ب].

(**خلافا لمحمد**)، وأبو حنيفة معه في رواية.

وله: أن الأب أشفق من الابن ولأن للأب ولاية في المال والنفس، وليس للابن ولاية في المال.. فكان الأب أولى.

ولهما: أنه ﷺ جعل ولاية النكاح إلى العصبات على ترتيبهم في الميراث، فيقدم الابن عليه؛ لأن هذه الولاية مبنية على العصوبة، وزيادة الشفقة غير معتبر؛ كأب الأم مع ابن الأخ؛ فإن ابن الأخ مقدم عليه، ولا فرق بين الجنون الأصلي والطارئ؛ لوجود العجز.

خلافاً لزفر؛ فإنه قال: لا يزوجها أحد في الطارئ؛ لأن الولاية قد زالت ببلوغها عاقلة.. فلا تعود بعده.

قلنا: مناط ثبوت الولاية عليها: وجود العجز، وقد وجد ذلك، فتعود، كذا في «الزيلعي».

وفي «البحر»: التقييد بالمجنونة اتفاقي؛ لأن الحكم في المجنون كذلك.

قال في «البزازية» و«الخلاصة»: ولاية الأب على الابن المجنون ثابتة إذا بلغ مجنوناً أو معتوهاً، ولو بلغ عاقلاً، ثم جنّ أو عته.. قال الفقيه أبو الليث: عند أبي يوسف: لا تعود، وعند محمد: تعود.

وقال الإمام الميداني: تعود الولاية عند الثلاثة خلافاً لزفر، بل تعود إلى السّلطان عنده، فما في «الزيلعي» منطبق على رواية الميداني.

وَلَا ولَايَةَ لعبدٍ وَلَا صَغِيرٍ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا كَافِرٍ على وَلَدِهِ الْمُسلمِ؛ فَإِن لم يكن عصبَةً.. فللأُمِّ.. ثمَّ للْأُخْتِ لِأَبَوَيْنِ، ثمَّ للْأُخْتِ لأَبٍ، ....

وعن أبي يوسف: إن كلًّا من الأب والابن وليان؛ فأيهما زوَّج.. صح، وعند حضورهما.. يقدم الأب تعظيماً له، ولو كان مكان الأب الجد مع الابن.. فعلى هذا الخلاف؛ لأنه كالأب على ما في «الزيلعي».

(**ولا ولاية لعبد، ولا صغير، ولا مجنون**)؛ أي: لا على أنفسهم، ولا على غيرهم؛ لأن مبنى الولاية على النظر، ولا نظر لهم، حتى احتاجوا إلى ولاية الغير عليهم.

(**ولا كافر على ولده المسلم**)، ولا على امرأة أرادت التزوج؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ حتى لا تقبل شهادته عليه، ولا يتوارثان، وكذا لا ولاية لمسلم على كافرة لاختلافهما ديناً، إلا أن يكون المسلم سيّد أمة كافرة أو سلطاناً.

وكذا لا ولاية لوصي في نكاح الصغيرة بحق وصايته على ما في «الحاوي».

(**فإن لم يكن**)؛ أي: إن لم توجد (**عصبة**) على الترتيب الذي ذكرناه إلى مولى العتاقة وعصبته (.. **فللأم**)، ثم للبنت، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم بنت ابن الابن، ثم بنت بنت البنت، وإن سفل، وإنما لم يذكرها، بل انتقل من الأم إلى الأخت؛ لأنه لا يتمشى في الصغير والصغيرة، وإنما يختص بالمجنون والمجنونة، كذا في «البحر».

(**ثم للأخت لأبوين، ثم للأخت لأب**)، وفيه إشارة إلى أن حق التقدم في تزويج الصغير والصغيرة للأم عند عدم العصبات النسبية والسببية التي ذكرناهم على ترتيبهم، وقد اختلفوا فيه: ففي «القنية» بعلامة قاضي بديع: أم الأم أولى بتزويج الصغيرة من الأم.

ثم قال بعلامة «المحيط» و«النوازل» عن عطاء السفدي: الأخت لأب وأم، أو لأب: أولى في تزويج الصغيرة.

ثم قال: والنساء اللواتي من قوم الأب لهنّ ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا، وهي الأخت والعمة، وبنت الأخ [٣٥٣/أ]، وبنت العم.

فأما الأم والنساء اللواتي من قبل الأم.. فلهنّ ولاية عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافاً لمحمد.

ثم نقل عن «البرهان المحيطي»: وما ذكره شيخ الإسلام عطاء السفدي من الإجماع.. فمستقيم في الأخت لا في العمة؛ لأنها من ذوي الأرحام. انتهى كلام «القنية».

يعني: أن محمّدا لم ير ولاية نكاح الصغيرة لذوي الأرحام، وما ذكر في «الخلاصة» و «البزازية» مثله، حيث قالا: الأخت مقدم على الأم حال عدم العصبة؛ لأنها من قوم الأب.

ثم قالا: قال شمس الأئمة السرخسي: إنكاح الأخت، والعمة، وبنت الأخ، وبنت العمة، والتي من قوم الأب، يجوز بالإجماع.

وإنما الخلاف في الأم والخالة ونحوها، فقد سلّم ما ذكره على السفدي من الإجماع، وسكت عليه صاحب «الخلاصة».

وردّه في «البزازية» حيث قال: دعواه الإجماع يصح في الأخت لا في العمة وبنت العم؛ لأن ثبوت الولاية لذوي الأرحام مختلف فيه.

وقال في «شرح الطحاوي»: جعل الخلاف في الكل لا في الأم والخالة فقط؛ حيث قال: إن لم يكن لها من العصبات أحد، ولا مولى العتاقة.. فذوو الأرحام الأقرب فالأقرب.

وعن محمد: ليس لذوي الأرحام ولاية.

ثمَّ لولدِ الْأُمِّ، ثمَّ لِذَوي الْأَرْحَامِ الْأَقْرَبِ فَالأَقْرَب - التَّزْوِيجُ عِنْدَ الإِمَامِ، .....

وفي «شرح الشافي»: الأقرب من ذوي الأرحام: الأم، ثم البنت، ثم بنت الابن، ثم بنت البنت، ثم بنت ابن الابن، ثم الأخت لأب وأم، ثم لأب، ثم لأم، ثم أولادهن، ثم العمات، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام.

قال: ويفتى بما في «شرح الشافي»: أن الأم مقدمة على الأخت، وعليه أكثر المتون والفتوى؛ لأن الأم أقرب من الأخت، وولاية الإنكاح على القرابة الباعثة على الشفقة، ولهذا اختاره المصنف.

ومرادهم بذوي الأرحام ههنا: ليس ما ذكر في الفرائض من أنه قريب ليس بذي سهم ولا عصبة، بل مرادهم: ذات قرابة غير العصبة بقرينة مقابلته بالعصبات، ولإدخالهم الأم والبنت فيه ههنا، مع أنها من أصحاب الفروض على ما بُيِّنَ في الفرائض.

وقد صرح مجيء ذوي الأرحام بهذا المعنى في حضانة «البحر».

(**ثم لولد الأم**)؛ أي: الأخ والأخت لأم؛ ذكورهم وإناثهم سواء.

(**ثم لذوي الأرحام**) من أولاد ولد الأم، ثم العمات، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام، ثم أولاد العمة والأخوال والخالات.

والمراد بذوي الأرحام في كلام المصنف: ما ذكر في الفرائض؛ لأنه صرّح ذكر أصحاب الفروض بعد العصبات من الأم وغيرها، ولم يبق ما يدخل تحت ذوي الأرحام إلا قريب ليس بذي سهم ولا عصبة، بخلاف ما ذكرناه من «شرح الشافي» و«شرح الطحاوي» على ما عرفت.

(**الأقرب فالأقرب**) على ما ذكرناه.

(**التزويج**) مبتدأٌ خبرُه مقدَّم عليه من قوله: «فللأم».

(**عند الإمام**)، والجد الفاسد أولى من الأخت عنده على ما في «قاضي خان» و«الخلاصة» و «البزازية».

خلافاً لِمُحَمدٍ، وأبو يوسفَ معَ محمَّدٍ في الأَشهرِ.

ثمَّ لمولى الْمُوَالَاةِ ثمَّ لقاضٍ فِي منشورِهِ ذَلِكَ.

والظاهر من كلام المصنف عكسه؛ لأنه من ذوي الأرحام [٣٥٣/ب].

(**خلافا لمحمّد**) قال: ولاية إنكاح الصغيرة إلى العصبة، إلى مولى العتاقة وعصبته، ثم إلى القاضي، وليس لذوي الأرحام - أي غير العصبات - ولاية الإنكاح لقوله؛ ﷺ: «الإنكاح إلى العصبات» اللّام للجنس؛ إذ لا عهد، فيقيد حصر جنس الإنكاح في جنس العصبة.

ومولى العتاقة عصبته.

ولأبي حنيفة أن ولاية الإنكاح نظريّة، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة، والأم وغيرها ممّا ذكر مختص بها، وما رواه محمول على حال وجود العصبة.. فلا ينفيَ ثبوت الولاية لغيرها عند عدمها.

(**وأبو يوسف مع محمّد في الأشهر**).

وفي «قاضي خان» و«الخلاصة»: قول أبي يوسف مضطرب.

(**ثم لمولى الموالاة**) وهو من والى غيره على أنه إن جنى.. فأرشه عليه، وإن مات.. فميراثه له؛ لأنه مؤخر في الإرث عن ذوي الأرحام؛ فكذا في الإنكاح.

(**ثم لقاضٍ في منشوره**) - أي: في مكتوبه الذي أعطي له من السلطان - (**ذلك**)، أي: تزويج الصغار؛ لقوله ﷺ: «السلطان وليّ من لا وليّ له»، والقاضي نائب السلطان، ولهذا احتاج إلى تصريح الإذن في منشوره. فلو زوج صغيرة، ثم أذن له السلطان بذلك، فأجاز ذلك النكاح.. لا يجوز كذا في «الخلاصة» عن «الفتاوى».

ثم قال الصدر الشهيد: الصحيح عندي: أنه يجوز؛ كما إذا أمر الرجل عبده أن يتزوج، وقد كان العبد تزوج قبل ذلك، فأجاز ذلك النكاح.. جاز استحساناً.

وفيه إشارة إلى أنّ الوصي ليس له ولاية تزويج الصغير والصغيرة، وفيه تفصيل:

وللأَبعدِ التَّزْوِيجُ إِذا كَانَ الْأَقْرَبُ غَائِباً بِحَيْثُ لَا يَنْتَظِرُ الكفؤُ الْخَاطِبُ جَوَابَهُ.

فقال في «قاضي خان»: والوصي لا يملك إنكاح الصغير والصغيرة، أوصى إليه الأب أو لم يوص، وروى هشام عن أبي حنيفة وهو قول مالك: إن أوصى إليه الأب.. جاز تزويج الصغير والصغيرة، وقال ابن ليلى: هو ولي في الوجهين. انتهى.

وفي «فتح القدير»: ليس لوصي الصغيرة ولاية تزويجها وإن أوصى إليه الأب بالنكاح، إلا إذا كان الموصي عيَّن رجلا في حياته، فزوجها الوصي به؛ كما لو وكل في حياته تزويجها، وإن لم يعين.. انتظر بلوغها لتأذن. انتهى.

ثم اعلم أن القاضي لو زوج الصغيرة التي هو وليّها - وهي اليتيمة - من ابنه.. لا يجوز؛ كالوكيل مطلقاً إذا زوج موكلته من [ابنه.. لا يجوز]، بخلاف سائر الأولياء؛ لأن تصرف القاضي حكم منه، وحكمه لابنه لا يجوز، بخلاف تصرف الولي، كذا في «فتح القدير».

(وللأبعد) من الأولياء، ولو قاضياً (**التزويج إذا كان الأقرب غائباً، بحيث لا ينتظر الكفؤ الخاطب**)؛ أي: الطالب للتزوج، (**جوابه**)؛ أي: جواب الأقرب.

وقال زفر والشافعي: لا يجوز تزويج الأبعد؛ لأن ولاية الأقرب قائمة؛ لأنها ثبتت حقاً له صيانة للقرابة، فلا يبطل بغيبته، حتى لو زوجها فيمن كان من المكان.. جاز بالاتفاق.

قلنا: إن هذه الولاية نظرية، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه، ففوّضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السّلطان عندنا، كما إذا كان الأقرب مجنوناً، أو رقيقاً، أو كافراً، أو صغيراً؛ فإن الأبعد مقدم على السلطان ههنا [٣٥٤/أ]، فكذا عند غيبته، ولو زوّجها الأقرب فيما كان من المكان.. فجوازه ممنوع، ولو سلم.. فللأبعد بعد القرابة وقرب التدبير، وللأقرب عكس ذلك، فنزلا منزلة وليين متساويين، فأيّهما عقد.. نفذ ولا يرد، وهذا الخلاف فيما إذا غاب الأقرب.

وَقيل: مَسَافَةُ السّفرِ.

وَقيل: بِحَيْثُ لَا تَصلُ القوافلُ إِلَيْهِ فِي السَّنةِ إِلَّا مَرَّةً.

وَلَا يَبطلَ بعودِهِ.

وَلَو زَوَّجهَا وليَّانِ متساويانِ.. فَالْعِبْرَةُ للأَسبقِ.

وأما إذا منع الأقرب عن التزويج بالكفؤ الخاطب.. فولاية الإنكاح تنتقل إلى الأبعد بالاتفاق على ما في «الخلاصة» و «البزازية».

وفي فتاوى مشايخ الإسلام: إذا زوجت الأمُّ الصغيرةَ بغير إذن وليها الأقرب - أعني العم - وهو في مسافة يوم.. فللعمِّ فسخ النكاح، وتزويج الصغيرة إلى غيره.

(**وقيل**) في تفسير الغيبة: (**مسافة السفر، وقيل: بحيث لا تصل القوافل إليه في السنة إلا مرة**)، واختاره القدوري، والأصح: هو الأول، واختاره الإمام السرخسي ومحمد بن الفضل؛ لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حين غاب غيبة منقطعة؛ لعدم الانتفاع به، ولهذا قالوا: لو كان الأقرب مختفياً في البلدة.. لا توقف عليه؛ لعدم الفائدة في التوقف.

(**ولا يبطل**) ما عقده الأبعد (**بعوده**) أي: بعود الأقرب؛ لحصول المقصود بولاية تامة، وإنما يبطل بعوده ولاية الأبعد.

(**ولو زوجها وليان متساويان**) كالأخوين، أو عَمَّيْن لأب وأم (.. **فالعبرة للأسبق**)؛ لحصول المقصود بولاية تامة.

وفي «الحاوي القدسي»: وإذا كان وليّان في درجة كالأخوين والعَمَّيْن.. فلكل واحد منهما أن يستقل بنفسه في العقد؛ فإن زوّجها كلّ واحد منهما من رجل، ولا يدرى أيهما أسبق.. فسخ النكاح، وإن علم الأول.. جاز ذلك، ولغا الثاني، دخل بها أو لا، وهذا إذا كان تزوّجها بأمرها؛ فإن كان بغير أمرها وإذنها.. فلها أن تختار أيّ النكاحين شاءت.

وَإِن كَانَا مَعاً.. بطلا.

وَيصِحُّ كَونُ الْمَرْأَةِ وكيلةً فِي النِّكَاحِ.

(**وإن كانا**) عقدا (**معاً**)، كلّ واحد منهما عن رجل آخر ولم يعلم أيّهما أول (.. **بطلا**)؛ أي: العقدان؛ لعدم إمكان نفوذهما معاً، ولا لأحدهما؛ لعدم المرّجح.

(**ويصح كون المرأة وكيلة في النكاح**)؛ لأنها أهل لعقد الوكالة، لكن لا بد أن لا تزوج نفسها لموكلها لما في وكالة «الخلاصة».

ولو وكل الرّجل امرأة بأن تزوجه امرأة، فزوجت نفسها منه.. لم يجز في قولهم جميعاً، كما لو وكلت امرأة رجلاً بأن يزوجها من رجل، فزوجها من نفسه، أو من ابن له صغير.. لا يجوز.

وفيها أيضاً: رجل وكلّ رجلاً بأن يزوجه امرأة فزوجه بنته؛ إن كانت صغيرة.. لا يجوز، وإن كانت كبيرة.. فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز.

وكذا كل من لا تقبل شهادته لها على هذا الخلاف.

وكذا لو زوج موكلته من ابن له بالغ أو أبيه.. فعلى هذا الخلاف .

* * *

(فصلٌ)

[فِي الكَفَاءَةِ في النِّكَاح]

تعْتَبرُ الْكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ ....

(فصل)

في بَيَانِ الكَفَاءة

وقد ذكرنا أن الفرقة الحاصلة بعدمها.. فسخ لا طلاق، ويحتاج فيه إلى فسخ القاضي، حتى لو لم يدخل بها.. لا شيء لها من المهر، وإن دخل بها.. فلها المهر والعدة.

وحق الاعتراض في الفسخ إلى الولي، محارم أو لا، على الصحيح كذا في «الخلاصة».

ويدل على أنّ حق الاعتراض إلى الأولياء: ما ذكره في «الخلاصة»: امرأة زوجت من رجل، ولم تعلم [٣٥٤/ب] أنه عبد أو حرّ؛ فإذا هو عبد مأذون له في النكاح.. ليس لها الخيار، وإنما الخيار للأولياء.

ولو زوجها الأولياء برضاها ولم يعلموا أنه حرّ أو عبد، ثم علموا.. لا خيار لأحدهم.

ولو أخبر الزوج أنه [حر] والمسألة بحالها.. كان لهم الخيار.

(تعتبر الكفاءة)؛ أي: عند ابتداء العقد، حتى لو زالت الكفاءة بوجه بعد العقد.. لا يضر؛ لانعقاده صحيحاً نافذاً.

(في النكاح)؛ لقوله ﷺ: «ألا لا يزوج النساء إلّا الأولياء، ولا يزوّجن إلّا من الأكفاء» رواه جابر، ولأن مصالح النكاح لا تنتظم إلا بين المتكافئين عادة؛ لأن الشريفة تأبى أن تكون فراشاً للخسيس، فلا بدّ من اعتبارها من جانبه.

بخلاف جانبها؛ لأن الزوج مستفرش، فلا تغيظه دناءة الفراش.

نسباً؛ فقريشٌ بَعضُهم أَكفاءُ بعضٍ، وَغَيرُهم منَ الْعَرَبِ لَيْسُوا كفؤاً لَهُم، بل بَعضُهم أكفاءُ بعضٍ.

وفي «البحر» عن «الخبازية»: الصحيح أن الكفاءة غير معتبرة من جانبها عند الكل.

(نسباً)؛ لأنه يقع به التفاخر، وفيه خلاف مالك والثوري؛ لقوله ﷺ: «الناس سواسية، لا فضل لعربي على عجمي؛ إنما الفضل بالتقوى».

قلنا: ذلك في حكم الآخرة، والنكاح من أحكام الدنيا، والعرب يتفاخرون بالنسب؛ (**فقريش**) وهو نضر بن كنانة، وقيل: هو فهر بن مالك، (**بعضهم أكفاء بعض**) كيف كانوا، حتى أن القريشي الذي ليس بهاشمي يكون كفؤ الهاشمي منهم؛ لأن النبي ﷺ زوج ابنته عثمان وكان قرشياً أموياً لا هاشمياً، وكان رسول الله ﷺ قرشياً هاشمياً.

وما روي عن محمد أنه لو تزوجت قريشية من أولاد الخلفاء قريشياً ليس من أولادهم.. فللأولياء حق الرد، محمول على تعظيم أمر الخلافة، لا على انعدام أصل الكفاءة.

(**وغيرهم**)؛ أي: غير القريشي (**من العرب ليسوا كفؤاً لهم، بل بعضهم**)؛ أي: العرب غير القريشي (**أكفاء بعض**)؛ لقوله ﷺ: «قريش بعضهم أكفاء لبعض ببطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل».

والمراد بالموالي: العتقاء والأعاجم، وإنما سمي العجم موالي؛ لأن بلادهم فتحت عنوة بأيدي العرب، وكان للعرب استرقاقهم؛ فإذا تركوهم أحراراً.. فكأنهم أعتقوهم.

ولم يعتبر التفاضل بين قريشي بعضها مع بعض، وعربي بعضها مع بعض.

الأنصاري والمهاجري سواء، وإنما قال في الموالي: رجل برجل.. إشارة إلى

وَبَنُو باهلةَ لَيْسُوا كفءَ غَيرِهم منَ الْعَرَبِ.

وَتعْتَبَرُ فِي الْعَجمِ إِسلاماً وحرِّيَّةً، فَمُسلمٌ أو حُرٌّ أَبوهُ كَافِرٌ أَو رَقِيقٌ.. غيرُ كفؤٍ لمَن لَهَا أَبٌ فِي الْإِسْلَامِ أَو الْحُرِّيَّةِ.

وَمن لَهُ أَبٌ فِيهِ أَو فِيهَا.. غيرُ كفؤٍ لمَن لَهَا أَبَوَانِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

أن النسب غير معتبر فيهم؛ لأنهم ضيّعوا أنسابهم، وإنما التفاخر فيهم بالإسلام والحرية.

(**وبنو باهلة**) بن قيس بن سعد بن غيلان من العرب (**ليسوا كفء غيرهم من العرب**)؛ لشهرتهم عند العرب بالخساسة والدناءة.

(**وتعتبر**)؛ أي: الكفاءة (**في العجم إسلاماً وحرية**) لا نسباً؛ لأنهم يفتخرون بهما دون النسب؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم، فلا يكون كفؤاً للعرب، إلا أن يكون عالماً أو وجيهاً على ما في «شرح النقاية» عن «المضمرات».

وفي «الخلاصة» الكفاءة بين الموالي تعتبر بالإسلام لا بالنسب، ومراده بالموالي غير العرب؛ كما أن المراد بالعجم ههنا غير العرب.

(**فمسلم**) بنفسه، (**أو حر**) بنفسه، (**أبوه**) أي أبو كل منهما (**كافر أو رقيق.. غير كفؤ لمن لها أب في الإسلام أو الحرية**)؛ لأن من له [٣٥٥/أ] أب في الإسلام والحرية.. يفتخر على من ليس له أب كذلك.

وعن أبي يوسف: إن الذي أسلم بنفسه أو أعتق بنفسه، إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر.. كان كفؤاً له على ما في «النهاية».

وفيها أيضاً: إن الكفاءة إسلاماً إنما تعتبر في العجم دون العرب، والمعتبر فيها: الكفاءة نسباً؛ حيث قال: إن من لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم.. كفؤ لمن له آباء في الإسلام؛ لأن العرب يتفاخرون بالنسب، فيعدون النسيب كفؤاً لنسيب آخر إذا كانا مسلمين.

(**ومن له أب فيه**)؛ أي: في الإسلام، (**أو فيها**)؛ أي: في الحرية (**.. غير كفؤ لمن لها أبوان**) عند أبي حنيفة ومحمد، (**خلافاً لأبي يوسف**)؛ إلحاقاً لمن له أبوان فيهما.

وَمن لَهُ أَبَوَانِ كفؤٌ لمَن لَهَا آبَاءٌ.

وَتعْتَبرُ ديانَةً، خلافاً لمُحَمَّدٍ.. فَلَيْسَ فَاسقٌ كفؤاً لِبِنْتِ صَالحٍ وَإِن لم يُعلِنْ فِي اخْتِيَارِ الفُضلى.

ولهما: أن أصل النسب في التعريف إلى الأب، وتمامه بالجد، ولا يشترط أكثر من ذلك.

(**ومن له أبوان**) فيهما (.. **كفؤ لمن لها آباء**)؛ لما ذكرناه من أن الأكثر من الاثنين ليس بشرط.

(**وتعتبر ديانةً**) عندهما؛ لأنها من أعلى المفاخرة، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بصفة النسب، فكانت الديانة أولى بالاعتبار من النسب.

(**خلافاً لمحمد**)؛ لأن الديانة من أمور الآخرة، فلا يبتنى عليها أحكام الدنيا، إلا إذا كان يضرب على قفاه بعرض الكف، ويستحى منه، أو يخرج إلى الأسواق سكران فيلعب به الصبيان.. فحينئذٍ لا يكون كفؤ الصالحة.

وعن أبي يوسف: إنه إن كان معلناً بالفسق.. فغير كفؤ، وإن كان مستتراً.. فهو كفؤ لها.

(**فليس فاسقٌ كفؤاً لبنتِ صالحٍ، وإن لم يعلن**) فسقه (**في اختيار الفضلى**).

وفي «البزازية»: رجل زوج بنته من رجل ظنه مصلحاً لا يشرب مسكراً؛ فإذا هو مدمن، فقالت البنت بعد الكبر: لا أرضى بالنكاح:

إن لم يكن أبوها يشرب المسكر، ولا عرف به، وغلبة أهل بيتها صالحون.. فالنكاح باطل بالاتفاق.

والمختلف فيه بين الإمام وصاحبيه: ما إذا علم الأب عدم الكفاءة ومع ذلك زوجها منه، ثم قال:

امرأة زوجت نفسها بلا اشتراط الكفاءة، ولم تعلم أنه كفؤاً أم لا؛ ثم بان أنه ليس بكفؤ.. ليس لها الفسخ، وللأولياء طلب الفسخ ما لم تلد منه، ولا يبطل حق

وَتعْتَبرُ مَالاً.. فالعاجزُ عَن الْمهْرِ الْمُعَجَّلِ وَالنَّفقَةِ ....

الأولياء بالسكوت، وإن طال.

ولو زوّجها الأولياء برضاها، ولم يعلموا بعدم الكفاءة، ثم علموا.. لا خيار لأحد؛ أما إذا أخبر بالكفاءة أو شرطوا ذلك، ثم علم بعدم الكفاءة.. لهم الخيار. انتهى.

واختلفوا في اعتبار الكفاءة بالعقل، كذا في «الخلاصة» **(وتعبتر مالاً)** وهو أن يكون مالكاً للمهر والنفقة في ظاهر الرواية، حتى إن من لا يملكهما أو أحدهما.. لا يكون كفؤاً؛ **أما المهر**: فلأنه بدل البضع، فلا بد من إيفائه، **وأما النفقة**: فلأن قوام الازدواج ودوامه بها.

وفي «البحر» نقلاً عن «المجتبى»: والصبي كفؤ بغناء أبيه، وهو الأصح، يعني بالنسبة إلى المهر، وأما في النفقة، فلا يعد غنياً بغناء أبيه؛ لأن العادة أن الآباء يتحملون المهر عن الأبناء، ولا يتحملون النفقة.

وفيه نقلاً عن «المجتبى» [٣٥٥/ب] أيضاً: والصحيح: أنه إذا كان قادراً على النفقة على طريق الكسب.. كان كفؤاً لها، وقد اختلف التصحيح، وتصحيح «المجتبى» أظهر. انتهى.

والمراد بالمهر: قدر ما تعارفوا تعجيله، وإليه أشار بقوله: **(فالعاجز عن المهر المعجل والنفقة)**، وحكم العاجز عن كلاهما علم منه بطريق الأولى، والمراد بالنفقة: أن يكسب كل يوم قدر النفقة، وقدر ما يحتاج إليه من الكسوة، وقيل: نفقة شهر، وقيل: ستة أشهر، وإنما تعتبر القدرة على النفقة إذا كانت المرأة كبيرة أو صغيرة تصلح للجماع؛ أما إذا كانت لا تصلح.. لا تعتبر القدرة على النفقة، كذا في «الخلاصة».

وفيها أيضاً: إذا كان يجد نفقة المرأة، ولا يجد نفقة نفسه.. فهو كفؤ لها.

غيرُ كفؤٍ للفقيرةِ.

والقادرُ عَلَيْهِمَا كفؤٌ لذاتِ أموالٍ عِظَامٍ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لَهما.

وَتعْتَبرُ حِرْفَةٌ عِنْدَهمَا، وَعَن الإِمَام رِوَايَتَانِ؛.............................

(غير كفؤ للفقيرة، والقادر عليهما: كفؤ لذات أموال عظام عند أبي يوسف)، وهو الصحيح.

(خلافا لهما) في غير رواية «الأصول»، قالا: إن من ملك النفقة ليس كفؤاً للفائقة في المال؛ لأن الناس يتفاخرون بالمال، ويعيرون بالفقر.

ووجه الصحيح: أنّ المال لا ثبات له؛ لأنه غاد ورائح.

وقيل: إن كان ذا جاهٍ كالسلطان والعالم.. يكون كفؤاً وإن لم يملك النفقة؛ لأن الخلل يجبر به؛ لأن شرف العلم أقوى وأرفع، ولهذا قالوا: الفقيه العجمي يكون كفؤاً للعربي الجاهل.

وفي «الخلاصة»: البكر إذا زوّجت نفسها من صبي ورضي وليها، ولكن الصبي ليس له طاقة المهر، ولكن قبل أبوه النكاح وهو غني.. جاز النكاح، والزوج كفؤ لها.

(وتعتبر حرفة)؛ أي: صنعة (عندهما، وعن الإمام) أبي حنيفة (روايتان) في رواية: إنه لا يعتبر، وهو الظاهر، حتى يكون البيطار كفؤاً للعطار. وفي رواية قال: الموالي بعضهم أكفاء لبعض، إلا الحائك والحجام.

وعن أبي يوسف في رواية أخرى: إنه لا يعتبر، إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ.

ووجههما: أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها.

ووجه القول الآخر: أن الحرفة ليست بلازمة، ويمكن التحول من الخسيسة إلى النفيسة.

فحائكٌ أو حجَّامٌ أَو كنَّاسٌ أَو دبَّاغٌ.. غيرُ كفؤٍ لعطَّارٍ أَو بزَّازٍ أَو صرَّافٍ وَبِهِ يُفْتى.

وَلَو تزوَّجت غيرَ كفؤٍ.. فللوليِّ أَن يفرِّقَ.

وفي «الخلاصة» عن «المحيط»: الكفاءة بين الذميين لا تعتبر، وليس للولي أن يطالبه بالتفريق، إلا إذا كانت بنت ملك خدعها حائك أو كناس.. يفرق لا لانعدام الكفاءة، بل لتسكين الفتنة.

(**فحائك، أو حجّام، أو كنّاس، أو دباغ.. غير كفؤ لعطّار أو بزاز أو صرّاف، وبه يفتي**)، أفتى به شمس الأئمة الحلواني.

(**ولو تزوجت**) المرأة المكلفة نفسها (**من غير كفؤ**)، بلا ولي (.. **فللولي**) - واختلف في الولي ههنا؛ قيل: المراد به: المحارم، وقيل: أعم من المحارم وغيرها، وهو الصحيح على ما في «الخلاصة» و «قاضي خان» - (**أن يفرق**) بينهما قبل الدخول وبعده، ما لم تلد منه على الصحيح، ولكنه لا بد أن يكون التفريق عند القاضي؛ لأنه فسخ لا طلاق على ما ذكرناه.

فلو كان التفريق قبل الدخول والخلوة.. يسقط كل المهر، ولا عدة عليها، وإن كان بعد الخلوة.. كان عليه كل المهر ونفقة العدة.

ولو طلقها قبل تفريق القاضي والدخول بها.. كان لها نصف المهر المسمى، بناء على أن [٣٥٦/أ] هذا النكاح انعقد صحيحاً، فتبقى أحكامه من إرث أو طلاق إلى أن يفرق القاضي بينهما، والفرقة لا تكون طلاقاً، كذا في «الزيلعي»، وهو جواب ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: إنه لا ينعقد صحيحاً، وعليه فتوى «قاضي خان» على ما صرّح به في أوّل الفصل.

وفي «الخلاصة» عن «النظم»: تزوجت المرأة غير كفؤ، وفرق بينهما بعد الدخول، وألزمه المهر وألزمها العدة، ثم تزوجته في العدة.. كان عليه المهر ثانياً

وَكَذَا لَو نَقَصَت عَن مهرِ مثلِهَا: لَهُ أَن يفرِّقَ إِن لم يتمَّ، خلافاً لَهما.
وَقَبضُهُ الْمهْرَ أَو تَجْهِيزُهُ أَو طلبُهُ بِالنَّفَقَةِ.. رَضىً.
لَا سُكُوتُهُ.

كاملاً، وعليها عدة مستقبلة عندهما، خلافاً لمحمّد؛ بناء على أن الدخول في النكاح الأوّل دخول في النكاح الثاني عندهما، خلافاً لمحمّد، فعليها بقية العدة الأولى عنده.

وفي «الخلاصة» أيضاً: المرأة إذا زوّجت نفسها غير كفؤ، هل لها أن تمنع نفسها حتى يرضى الأولياء؟

أفتى الفقيه أبو الليث: أن لها ذلك، وإن كان خلاف الرّواية، وكثير من مشايخنا أفتوا بظاهر الرواية: أنه ليس لها أن تمنع نفسها، وعلى فتوى الفقيه مشى قاضي خان.

(**وكذا لو نقصت عن مهر مثلها**) فيما إذا زوجت نفسها كفؤها بلا وليّ (**له**)؛ أي: للولي (**أن يفرق**) عند القاضي، ما لم تلد منه؛ لدفع العار عن نفسه (**إن لم يتم**) أي الزوج مهرها، هذا عند أبي حنيفة، (**خلافا لهما**)، قالا: ليس للولي ههنا حق الاعتراض؛ لأنها تصرفت في حق نفسها لا في حقّ الولي، فصارت كما لو نكحت بمهر المثل، ثم وهبت للزوج شيئاً منه.

ولأبي حنيفة: أن المهر حق المرأة باعتبار استيفائه، وحق الولي باعتبار عدم انتقاصه عن مهر المثل؛ لأنه يعير بنقصانه عنه، فصار كعدم الكفاءة؛ فإذا فارقها قبل الدخول.. فلا مهر لها، وإن فارقها بعده.. فلها المسمى، وكذا إذا مات أحدهما قبل التفريق.

(**وقبضُه**)؛ أي: قبض الولي (**المهر أو تجهيزه أو طلبه**)؛ أي: طلب الولي الزوج (**بالنفقة**) أو المهر (**رضىً**) في تزويجها غير كفؤ ونقصان المهر، (**لا سكوته**) عن المطالبة بالتفريق، وإن طال ذلك إلى أن تلد منه.

وَإِن رَضِيَ أحدُ الْأَوْلِيَاءِ.. فَلَيْسَ لغيرِهِ الِاعْتِرَاضُ.

(وإن رضي أحد الأولياء.. فليس لغيره) من الأولياء ممن هو في درجته أو أسفل منه (الاعتراض)؛ أي: المرافعة إلى القاضي ليفسخ.

وأما من فوقه في الولاية.. فله حق الاعتراض، على ما في «شرح النقاية».

* * *

(فصلٌ)
[في تَزْوِيجِ الفُضُوليّ]

وَوُقِفَ تَزْوِيجُ فُضُولِيٍّ أَو فضوليَّينِ..

فصل
في تَزْوِيجِ الفُضُولِيّ

(ووقف تزويج فضوليّ) من أحد الجانبين، (أو فضوليين) من الجانبين.

والفضولي: من أوجب النكاح أو قبله لغيره بغير إذنه وليس أهلاً له، فيدخل فيه نكاح العبد والأمة بغير إذن المولى، إن قلنا: إنه فضولي، وإلا.. فهو ملحق به في أحكامه.

والأصل ههنا: أن كلّ عقد صدر من الفضولي وله مجيز حين العقد.. انعقد موقوفاً، وما لا مجيز له.. يبطل في الحال؛ كما إذا كان تحته حرة، وزوّجها الفضولي أمة أو أخت امرأته، أو كانت تحته أربع نسوة فزوجه الفضولي خامسة.. فإن العقد في هذه المواضع وقع باطلاً، ولا يتوقف على إجازة أحد، حتى لو زال الموانع بأن ماتت امرأته وأجاز العقد.. لا يجوز.

وكذا لو زوّجه خمساً في عقد واحد.. ليس له أن يجيز في بعضهنّ [٣٥٦/ب].

وعلى هذا لو باع الوصي الصبي ماله بغبن فاحش، أو تصرّف الفضولي في حق الصبي والمجنون، أو زوّج المكاتب عبده.. كان باطلاً، ولا يتوقف على إجازة أحد.

حتى لو بلغ الصبي، أو عتق المكاتب، وأفاق المجنون فأجازه.. لم يجز؛ لعدم المجيز عند العقد، بخلاف المكاتب إذا تكفل بمال، ثم عتق، أو وكّل رجلاً يعتق عبده، ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق، أو أوصى بعين ماله، ثم عتق فأجاز الوصيّة.. فإنه نفذ كل من الكفالة والوكالة والوصية وإن لم يكن له مجيز حال وقوعها؛ وهذا لأن كفالته جائزة في حق نفسه نافذة عليه؛ لأنها التزام المال في الذمة، وذمته مملوكة

على الْإِجَازَةِ.

له قابلة للالتزام، وإنما لا يظهر في الحال لحق المولى؛ فإذا زال المانع بالعتق.. ظهر موجبه.

وأما التوكيل والوصية.. فالإجازة فيهما إنشاء عقد؛ لأنها تنعقد بلفظ الإجازة، والإنشاء لا يستدعي عقداً سابقاً، ألا ترى أنه لو قال لرجل: أجزت أن تطلق امرأتي، أو تعتق عبدي، أو أن تكون وكيلي في ذلك.. كان توكيلاً صحيحاً، ثم هذا عندنا.

وقال الشافعي: إن تصرّفات الفضولي كلّها باطلة لا تتوقّف على الإجازة؛ لأن المباشر لا يقدر على إثبات حكم العقد وهو الملك؛ لعدم الولاية، فيلغو لعدم الفائدة.

ولنا: ما روى أبو داود أن النجاشي زوَّج أم حبيبة النبي ﷺ فضولاً، وأمهرها عنه أربعة آلالف درهم، وبعثها مع شرحبيل، فقبل النبي ﷺ، ولأن هذا عقد صدر من أهله، وهو عاقل بالغ مضاف إلى محلّه، وهي أنثى من بني آدم ليست بمحرم، ولا معتدة، ولا مشركة، ولا زائدة على الأربع، وكل عقد كذلك.. يجوز.

إلا أنه يتوقف (**على الإجازة**) عمن عقد عنه؛ لئلا يلحقه الضرر إذا أجازه بالقول أو الفعل كطلب المهر وقبوله، وطلب النفقة وقبولها، والتمكين له - بخلاف قبول الهدية؛ فإنه ليس بإجازة - وكقولها: أجزت، ونعم ما صنعت، وبارك الله لنا.

والإجازة بالفعل: بسوق المهر إليها، ولو بعثه إليها هدية أو عطية.. لم يكن؛ لعدم اختصاصها بالنكاح، بخلاف سوق المهر، ولو بعث الزوج شيئاً من المهر إلى البالغة أو إلى الولي - واختلف في اشتراط وصوله إليها - نفذ من أول العقد بطريق الاستناد، وهل يملك الفضولي فسخ العقد قبل الإجازة؟

ففي الرابع والعشرين من «العمادي»: أن الفضولي في باب النكاح لا يملك فسخ النكاح قبل الإجازة، بخلاف البيع؛ فإن الفضولي في باب البيع يملك فسخه قبل الإجازة، والفرق: أن في البيع يلحقه العهدة، فيثبت له حق الرجوع كيلا يتضرر، بخلاف النكاح؛ فإن الحقوق فيه ترجع إلى المعقود له لا إلى الفضولي، فلا يملك الرجوع. انتهى.

ويتولَّى طرفِي النِّكَاحِ وَاحِدٌ بِأَن كَانَ وليّاً منَ الْجَانِبَيْنِ، أَو وَكيلاً مِنْهُمَا، أَو ولياً وَأَصِيلاً ....

قلت: هذا في الفسخ قصداً، وأما الفسخ ضمناً.. فيملكه الفضولي، ففي «قاضي خان»: العاقدون في الفسخ أربعة:

عاقد لا يملك الفسخ لا بالفعل ولا بالقول، وهو الفضولي إذا زوج رجلاً امرأة بغير أمره، ثم قال: فسخت.. لا ينفسخ، وكذا لو زوجه أخت تلك المرأة.. يتوقف الثاني [٣٥٧/أ] ولا يكون فسخاً للأوّل.

وعاقد يفسخ بالقول، ولا يفسخ بالفعل وهو الوكيل؛ رجل وكّل رجلاً ليزوجه امرأة بعينها، فزوّجه تلك المرأة، وخاطب عنها فضوليّ؛ فإن هذا الوكيل يملك الفسخ بالقول، ولو زوّجه أخت تلك المرأة.. لا ينفسخ العقد الأوّل.

وعاقد يملك الفسخ بالفعل، ولا يملك بالقول؛ صورته: رجل زوّج رجلاً امرأة بغير أمره، ثم إن الزوّج وكله أن يزوّجه امرأة بغير عينها، فزوجه أخت تلك المرأة.. ينفسخ نكاح المرأة الأولى، ولو فسخ ذلك العقد بالقول.. لا يصح فسخه.

وعاقد يملك الفسخ بالقول والفعل جميعاً؛ صورته: رجل وكلّ رجلاً ليزوّجه امرأة بغير عينها، فزوّجه امرأة وخاطب عنها فضوليّ؛ فإن فسخ ذلك الوكيل ذلك العقد.. صح فسخه، ولو زوجه أخت تلك المرأة.. ينفسخ العقد الأول. انتهى.

(**ويتولى طرفي النكاح**)، وهما: الإيجاب والقبول:

(**واحد**) غير فضولي (**بأن كان وليّاً من الجانبين**) كمن زوج ابن ابنه بنت ابنه الآخر، بأن يقول: زوجت فلاناً من فلانة بلا حاجة إلى تكلّمه بالقبول.

(**أو وكيلاً منهما**) كمن وكلّه رجل بالتزويج، ووكلته امرأة أيضاً، فزّوج أحدهما بالآخر.

(**أو ولياً وأصيلاً**)؛ كمن زوّج بنت عمّه الصغيرة من نفسه.

أَو ولياً ووكيلاً، أو وكيلاً وَأَصِيلاً.

وَلَا يتولّاهما فُضُولِيٌّ وَلَو مِن جَانبٍ، ....

(أو وليّاً) من جانب (ووكيلاً) من جانب آخر؛ كمن وكله رجل بأن يزوّجه ابنته فزوجه بها أو وكلّته امراة أن يزوّجها من ابنه.

(أو وكيلاً وأصيلاً)؛ كمن وكلته امرأة بأن يزوجها من نفسه فتزوّجها.

إنما قلنا: من نفسه؛ لأنها لو وكلته بالنكاح مطلقاً.. لا يملك التزويج من نفسه كما في نكاح «قاضي خان».

وقال زفر والشافعي: لا يتولى واحد طرفي النكاح أصلاً؛ كما لا يتولى طرفي البيع.

قلنا: إن العاقد في النكاح لغيره معبر، حتى لا يرجع حقوق النكاح إليه، والواحد يصلح معبراً عن الجانبين، والعاقد في البيع أصيل حتى يرجع حقوق البيع إليه، والواحد لا يصلح أصيلا من الجانبين لتباين الحقوق؛ لأن كون الواحد مطالباً مباين لكونه مطالباً ومسلِّماً ومتسلّما.

(ولا يتولاهما فضولي، ولو من جانب)؛ أي: لا يتولى واحد فضولي طرفي النكاح:

بأن كان فضولياً من الجانبين؛ كمن قال فضولاً: زوّجت فلانة من فلان وهما غائبان.

أو كان فضولياً من جانب أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً من جانب؛ كمن قال فضولاً: اشهدوا أني قد تزوّجت من فلانة، أو لابني، أو لموكلي، أو المرأة تقول: اشهدوا أني زوجت من فلان، وفلان غائب؛ فإذا سمع الغائب وقبل.. لم ينفذ.

ولكن هذا فيما إذا تكلم فضولي بكلام واحد، وأما إذا تكلم بكلامين بأن قال الفضولي: زوجت فلانة من فلان أو من نفسي، وقبلت منه.. فجائز موقوفاً بالاتفاق على ما صرح به في «شرح الوقاية» لعلاء الدين الأسود عن «الكافي».

خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَلَو أمرَهُ أَن يُزَوِّجَهُ اِمرأَةً فَزَوَّجهُ أمةً ....

وكذا لا يجوز موقوفاً بالإجماع فيما إذا قبل منه فضولي آخر، على ما في «النهاية» و «العناية»؛ لأن الفضوليَّين [٣٥٧/ب] يتولّيا طرفي النكاح بالإجماع على ما صرّح به الإمام المحبوبي؛ كما إذا قال فضوليّ: زوجت فلانة من فلان، وقبله فضوليّ آخر، وهذا عند أبي حنيفة ومحمّد.

(**خلافاً لأبي يوسف**) قال: الفضولي الواحد يتولى طرفي النكاح؛ لأنه لو كان مأموراً بالنكاح من الجانبين.. نفذ عقده؛ فإذا كان فضوليّاً منهما.. جاز أيضاً موقوفاً؛ لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الإذن ابتداء، فكذا باعتبار الإجازة بقاء؛ لأن الإجازة اللّاحقة كالوكالة السّابقة؛ كما في الخلع والطلاق والإعتاق على مال؛ فإن الزوج إذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة، فبلغها الخبر، فقبلت في مجلس علمها.. جاز بالاتفاق.

وكذا الطلاق والإعتاق على مال.

ولهما: أن الموجود شطر العقد؛ لأنه شطر حالة الحضور، حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر، ويبطل بالقيام قبل قبول الآخر، ولو كان عقداً تاماً.. لم يكن كذلك، فكذا حالة الغيبة؛ لأن الدال على ذلك المعنى: هو الصيغة، وهي لم تختلف، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع، فبطل عقده ولم ينعقد أصلاً.

بخلاف المأمور من الجانبين؛ فإنه ينتقل كلامه إلى العاقدين، وما جرى بين الفضوليين عقد تام لا شطره؛ لوجود الإيجاب والقبول، وكذا الخلع والطلاق والإعتاق على مال؛ لأنه تصرف يمين من جانبه، واليمين عقد تام.

(**ولو أمره أن يزوجه امرأة**) بلا تعيين - لأنه لو عيّنها وخالف الوكيل أمره.. لا يجوز بالاتفاق للمخالفة - (**فزوجه أمة**) أي؛ أمة الغير؛ لأنه لو زوجه أمة نفسه.. لا يجوز بالإجماع؛ للتهمة.

لَا يَصِحُّ عِنْدَهمَا، وَهُوَ الِاسْتِحْسَانُ.

وَعندَ الإمامِ: يَصحُّ.

(.. **لا يصح عندهما**)، إلا أن يزوجه كفؤاً؛ لأن المطلق ينصرف على المتعارف، وهو التزوج بالأكفاء، (**وهو الاستحسان، وعند الإمام: يصح**) وعلى هذا الخلاف لو زوجه عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو رتقاء، أو مفلوجة، أو مجنونة.

لهما: أن لفظ «امرأة» مطلق، والمطلق ينصرف إلى المتعارف.

كما في التوكيل بشراء الفحم والجمد حيث يتقيد بأيّامه، وكالتوكيل بشراء اللحم حيث يتقيد بالنيئ للمقيم، وبالمطبوخ للمسافر.

ولأبي حنيفة: أن العرف مشترك؛ فإن الإنسان يتزوج الكفؤ وغيره طلباً لتخفيف المؤنة، فلا يجوز تقييده وإبطال إطلاقه، وهو عرف عملي، فلا يصلح تقييد الإطلاق به؛ كما إذا حلف لا يلبس ثوباً، أو لا يأكل لحماً، فلبس حريراً أو أكل لحم خنزير، أو لحم إنسان.. يحنث لإطلاق اللفظ وتناوله إياه لغة، وإن كان العمل بخلافه.

بخلاف ما لو حلف لا يركب دابة فركب إنساناً؛ فإنه لا يحنث؛ لأن لفظ الدابة في العرف لا يتناول الإنسان، فيصلح مقيداً للإطلاق؛ لكونه عرف لفظي.

ولفظ المرأة يتناول الحرة والأمة على السّواء، حتى لو حلف لا يتزوج امرأة فتزوّج أمة.. يحنث، والعرف في التوكيل بشراء الفحم والجمد واللحم مشتهر، وفي المرأة مشترك.

وأما لو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها، أو زوجه أخته الكبيرة. فيجوز بالإجماع على الصحيح؛ لتناول اسم المرأة عليها [٣٥٨/أ]، ولجريان العرف في تزويجها، ولا تهمة فيه.

ولو زوّجه ابنته الكبيرة.. لا يجوز عند أبي حنيفة؛ للتهمة فيها.

ويجوز عندهما؛ كذا في «الزيلعي».

وفيه: عن «المنتقى»: أنه لو وكّل رجلاً بأن يزوّجه امرأة، فزوجه ابنته الصغيرة،

أو بنت أخيه الصغيرة وهو وليّها.. لم يجز للتّهمة.

ولو وكلّ رجل امرأة أن تزوجه امرأة فزوجته نفسها.. لم يجز.

وكذا لو وكّلت رجلاً أن يزوجها فزوجها من نفسه.. لم يجز للتهمة.

والحاصل: أن المطلق مقيّد بغير مواضع التهمة عنده لا عندهما.

ولو وكّله بتزويج امرأة بعينها.. يجوز تزويجه تلك المرأة بغبن يسير بالإجماع؛ لعدم التهمة وجريان العرف، وكذا بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة؛ لعدم التهمة، خلافاً لهما؛ لأن المطلق مقيد عندهما بالعرف، ولا عرف ههنا.

ولو أمره أن يزوجه سوداء فزوجه بيضاء أو بالعكس.. لا يجوز؛ للمخالفة.

وكذا لا يجوز لو أمره بالحرة فزوجه أمة أو بالعكس؛ للمخالفة على ما في «البحر».

بخلاف ما لو أمره أن يزوجه عمياء فزوجه بصيرة؛ فإنه يجوز؛ لأن المخالفة إلى الخير الذي لا بد منه، فلا يعد مخالفاً، والعرف جار فيه، والتهمة منتفية، ومعنى «لا يجوز» ههنا: أنه لا ينعقد النكاح في الحال، إلا أن يجيزه.

قال في «قاضي خان»: والوكيل من قبل المرأة إذا زوجها من أبيه أو ابنه.. يجوز في قول أبي حنيفة، وإذا زوّجها ممن ليس بكفؤ لها.. قال بعضهم: يجوز في قول أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، وقال بعضهم: لا يصح عند الكل، وهو الصحيح.

وإن كان كفؤاً إلا أنه أعمى، أو مقعد، أو صبي، أو معتوه.. فهو جائز.

وكذا إذا كان خصياً أو عنيناً.

ثم قال فيه: امرأة وكلت رجلاً بالتصرف في أمورها، فزوجها من نفسه.. لا يجوز؛ لأنها لو وكلته بالنكاح.. لا يملك التزويج من نفسه، فههنا أولى.

وإذا وكّل رجلاً أن يزوّجه فلانة بألف درهم، فزوجها إيّاه بألفين؛ **إن أجاز الزوج**.. جاز، **وإن ردّ**.. بطل، **وإن لم يعلم الزوج بذلك** حتى دخل بها.. فالخيار

وَلَو زوَّجَهُ امْرَأَتَيْنِ فِي عُقدَةٍ لَا يلْزمُهُ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا.

باق؛ إن أجاز.. كان عليه المسمى لا غير، وإن ردّ.. بطل النكاح ويجب مهر المثل إن كان أقل من المسمى، ولا يجب المسمّى. انتهى.

وكذا الحال فيما إذا وكلت المرأة بالنكاح بألف، فزوجها بأقل من ألف.

وفي «فتح القدير»: لو كانت المرأة هي الموكلة، وسمت ألفاً، فزوجها الوكيل، ثم قال الزوج ولو بعد الدخول: تزوّجتك بدينار وصدقه الوكيل؛ إن أقر الزوج أن المرأة لم توكّله بدينار.. فهي بالخيار:

إن شاءت.. أجازت النكاح بدينار.

وإن شاءت.. ردته ولها مهر مثلها بالغاً ما بلغ، ولا نفقة عدة لها.

وإن كذبها الزوج.. فالقول قولها مع يمينها؛ فإن ردت.. فباقي الجواب بحاله. انتهى.

وهذا في «قاضي خان» و «الخلاصة».

(**ولو زوجه امرأتين في عقدة لا يلزمه واحدة منهما**)؛ لأنه فضولي فيهما لمخالفته أمره، ولا وجه إلى تنفيذهما غير عين للجهالة، ولعدم الفائدة؛ إذ لا يفيد حلّ الوطء ما لم يتعين، ولا إلى تعيين أحدهما [٣٥٨/ب]؛ لعدم الأولويّة؛ فإما أن يختار التفريق، أو يجيز نكاحهما، أو نكاح إحداهما أيتهما شاء؛ لأنه يجوز الجمع بينهما، غير أنه لا ينفذ بغير رضاه؛ لمخالفته كذا في «الزيلعي».

وكان أبو يوسف يقول أولاً: يصح نكاح إحداهما بغير عينها، والبيان إلى الزوج؛ لأن المأمور قد امتثل أمره في إحداهما، ولا يبعد أن تكون إحداهما منكوحة، والأخرى غير منكوحة؛ كما لو طلّق إحدى امرأتيه بغير عينها ثلاثاً.

وقال شمس الأئمة: وهذا ضعيف؛ لأنه إنما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط، لا يثبت في المجهول؛ لأنه تعليق بالبيان، والنكاح لا يحتمل به،

وَلَو زوَّجَ الْأَبُ أَو الْجدُّ الصَّغِيرَ أَو الصَّغِيرَةَ بِغُبنٍ فَاحِشٍ فِي الْمهْرِ أَو مِن غيرِ كفؤٍ.. جَازَ، خلافاً لَهما.

وَلَيْسَ ذَلِكَ لغيرِ الْأَبِ وَالْجدِّ.

بخلاف الطّلاق، ثم رجع عن هذا إلى قولهما، وعلى قوله الأوّل: إن مات الزوج قبل أن يختار إحداهما.. كان الميراث ومهر إحداهما بينهما لهما، وعليهما عدة الوفاة.

وإنما قيّد بعقدة؛ لأنه لو زوجهما بعقدتين.. فالأول نافذ والثاني موقوف؛ كما لو أمره أن يزوجه فلانة، فزوّجها وأخرى معها في عقد واحد.. فإنه جاز نكاح فلانة للأمر به، ونكاح الأخرى موقوف على الإجازة؛ لكونه فضولياً فيه.

(**ولو زوج الأب أو الجدُّ الصغيرَ أو الصغيرةَ بغبنٍ فاحش في المهر أو من غير كفؤ.. جاز**) عند أبي حنيفة، (**خلافا لهما**)، يعني: لو زوج الأب أو الجدّ عند عدم الأب الصغير بزيادة المهر فاحشاً، أو الصغيرة بنقصان مهرها فاحشاً.. جاز عنده لقرب القرابة، وهو دليل النظر، والحكم يدل على الدليل.

وفي النكاح مقاصد، يزيد على المهر والكفاءة؛ من: حسن الخلق، وكرم العشرة، ولطافة الصحبة... إلى غير ذلك.

ولا يجوز عندهما؛ لأن ولايتهما مقيدة بالنظر، فعند فواته.. يبطل العقد، ولا نظر في زيادة المهر وحطه فاحشاً.

والمختار: قوله على ما مر ذكره، وكذا الحال في مسألة الكفؤ.

(**وليس ذلك**) - أي: التزويج بغبن فاحش ومن غير كفؤ - (**لغير الأب والجد**) أي من الأولياء؛ لعدم قرب القرابة، وهو دليل النظر، والذي ظهر منه: أن تزويج غير الأب والجد الصغيرَ والصغيرة بغبن فاحش أو من غير كفؤ.. لا يصح، بل يبطل عنده وعندهما جميعاً.

وقد وقع في كثير من الكتب في هذه المسألة: أن النكاح باطل، والظاهر منه: أنه لم ينعقد.

وقال في نسخة صدر الشريعة في هذه المسألة: **لو فعل الأب أو الجد ذلك.. لا يكون للصغير والصغيرة حق الفسخ بعد البلوغ.**

وإن فعل غيرهما.. فلهما أن يفسخا بعد البلوغ. انتهى.

والذي ظهر منه: أن تزويج غيرهما الصغير والصغيرة بغبن فاحش أو من غير كفؤ.. صحيح، ولكن يثبت لهما خيار الفسخ بعد البلوغ، وردّه في «إصلاح الإيضاح»، وقال: إنه وهم، ويؤيّد ما ذكره صدر الشريعة: ما في «الظهيرية»؛ حيث قال: يفرق بينهما، ولم يقل: إن التزويج باطل.

وفسّر صاحب «الذخيرة» قولهم في هذه المسألة أن النكاح باطل بقوله: «أي يبطل».

وفي «البحر»: وهو الحق؛ أي: ما ظهر من صدر الشريعة و«الظهيرية» [٣٥٩/أ] و«الذخيرة» هو الحق.

وفي «القهستاني»: يصح تزويج غير الأب والجد بغبن فاحش على ما في «الجواهر»، وبغير الكفؤ على ما في «الجامع»، فلا يصحّ قول الشارحين: إنه لا يصح أصلاً وإنه باطل.

وكذا ما قال في «التلويح»: إنه لم يوجد رواية أصلاً لصحة النكاح في هاتين الصّورتين؛ فإنه غير صحيح؛ لوجود الرواية على صحته.

والحاصل: أنهم اختلفوا في هذه المسألة: قال بعضهم: إن العقد صحيح، ولهما خيار البلوغ، والزيادة والنقصان فاسد، فيرجع إلى مهر المثل.

وقال بعضهم: إن العقد باطل، واختاره الإمام السرخسي وفخر الإسلام وصاحب «الهداية».

* * *

(بَابُ الْمَهْرِ)

يَصِحُّ النِّكَاحُ بِلَا ذِكرِهِ وَمَعَ نَفْيِهِ.

وَأقلُّه عشرَةُ دَرَاهِمَ؛ ....

(بَابُ المَهْرِ)

وهو من أحكام النكاح؛ لأنه يجب بالعقد الصحيح، وما يجب بالشيء ويترتب عليه.. يكون من أحكامه، ويقال له: الصداق والعقر أيضاً.

إنما قلنا: بالعقد الصحيح؛ لأنه في العقد الفاسد لا يجب بنفس العقد، ولا بالخلوة والمسّ، بل إنما يجب بالجماع في القبل لا في الدبر على ما صرّح به في «الخلاصة».

(**يصح النكاح بلا ذكره**) بالاتفاق، أي بلا ذكر المهر، (**ومع نفيه**)، وفيه خلاف مالك، قال: لا يصح مع نفيه؛ لأنه عقد معاوضة ملك المتعة بالمهر، فيفسد بشرط نفي عوضه؛ كالبيع بشرط أن لا ثمن.

قلنا: النكاح عقد انضمام وازدواج على ما يدلّ عليه معناه اللّغوي، فيتم بالمتناكحين مطلقاً؛ لقوله تعالى ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾ فلو شرطنا التسمية وذكر المهر.. زدنا على النص، وذا لا يجوز.

وإنما وجب في النكاح لإظهار شرف المحلّ لا لصحة النكاح؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾؛ فإنه حكم بصحّة الطلاق مع عدم التّسمية، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح، فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح، وكذا نفيه، بخلاف البيع؛ فإن الثمن فيه داخل في صلب العقد، فلا يصحّ بدونه.

(**وأقله عشرة دراهم**) وزن سبعة مثاقيل مضروبة أو لا.

فَلَو سمى دونَهَا.. لَزِمتِ الْعشْرَةُ.

وقال الشافعي: كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع.. جاز أن يكون مهراً في النكاح؛ لما في «الصحيحين»: أنه ﷺ [قال:] «التمس ولو خاتماً من حديد»؛ ولما في «الترمذي»: أنه ﷺ أجاز نكاح امرأة بنعلين، ولأنه حقّها، فيكون التقدير إليها.

ولنا: حديث جابر قال: «لا مهر أقلّ من عشرة دراهم»، ولأنه حق الشرع، حيث وجب شرعاً لإظهار شرف المحل، فيتقدّر بما له خطر، وهو العشرة كما في نصاب السرقة.

فإن قيل: هذا خبر واحد لا يجوز الزيادة به على إطلاق قوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾.

قلنا: زدنا عليه بإشارة قوله تعالى: ﴿قَدۡ عَلِمۡنَا مَا فَرَضۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ﴾؛ لأن الفرض بمعنى التقدير، فكان المراد: بأموالكم مالاً مقدّراً، والحديث بيّن مقداره، وما رواه: محمول على المهر المعجّل.

(فلو سمّى دونها.. لزمت العشرة).

وقال زفر: لزم مهر المثل؛ لأن تسمية ما لا يصح مهراً كانعدامه؛ كما في تسمية الخمر والخنزير.

قلنا: إن فساد هذه التسمية لحق الشرع، وقد صار مقضياً بالعشرة، وهي لا تتجزأ في كونها مهراً، وذكر بعض ما يتجزأ كذكر كله، وأما ما زاد على العشرة [٣٥٩/ب] من حقها.. فقد رضيت بسقوطه؛ لأن الرضاء بما دون العشرة رضى بالعشرة، ولا معتبر بانعدام التسمية؛ لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرّماً وتفضّلاً، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير؛ لإيهامه الخساسة، فلا يكون انعدام التسمية دليلاً على الرضاء بالعشرة، فلذلك لم تجب العشرة فيه، وإنما يجب مهر المثل، فلا يصح قياسه على انعدامه.

وَإِن سَمَّاهَا أَو أَكثرَ.. لزم المسمَّى بِالدُّخُولِ أَو موتِ أَحدِهمَا.
وَنصفُهُ بِالطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ وَالْخلْوَةِ الصَّحِيحَةِ.

(**وإن سمّاها**) - أي العشرة - (**أو أكثر لزم المسمى بالدخول**)، والخلوةُ الصحيحةُ بمنزلة الوطء والدخول في إيجاب كمال المهر، على ما في «الخلاصة» و «البزازية» و«الزيلعي»، وإنما لم يذكرها لانفهامه فيما بعد.

(**أو موت أحدهما**)؛ **أما بالدخول**؛ فإنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل، وبه يتأكد البدل وهو المهر؛ كتسليم المبيع يتأكد به وجوب الثمن، وكذا بالخلوة الصحيحة.

وأما بالموت؛ فلأن النكاح ينتهي بالموت؛ لأن الموت مُنْهٍ لا مبطل، والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكّد بجميع مواجبه الممكنة؛ كالإرث، والعدة، والمهر، والنسب.

وفي «البحر»: إن المهر يجب بالعقد ويتأكد بإحدى ثلاث: الوطء، والدخول والموت.

وينبغي أن يزاد رابع، وهو: وجوب العدة عليها منه؛ فإنه - كما سيأتي في العدة - لو طلقها بائناً بعد الدخول، ثم تزوّجها ثانياً في العدة.. وجب كمال المهر الثاني بدون الخلوة والدخول؛ لأن وجوب العدة عليها فوق الخلوة.

وينبغي أن يزاد خامس، وهو: ما لو زالت بكارتها بحجر ونحوه.. فإن لها كمال المهر. انتهى.

(و) لزم (**نصفه**)؛ أي: نصف المسمى معجلاً أو مؤجّلاً (**بالطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة**)؛ سواء كانت الزوجة صغيرة أو كبيرة؛ وسواء كان المسمى عشرة، أو زائداً عليها، أو أقلّ منها.

أما في العشرة والزائد عليها.. فبالاتفاق.

وفي الأقل: خلاف زفر، قال: تجب المتعة إذا سمى أقل من عشرة، بناء على ما تقدم من مذهبه أنّه كانعدامه، وقد مرّ جوابه.

ثم الأصل ههنا: قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، وقد تعارض القياسان:

قياس: يقتضي سقوط كل المهر؛ لأن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالماً إليها، فيجب أن يسقط كل البدل كما إذا تبايعا، ثم تقايلا.

وقياس آخر: يقتضي وجوب كل المهر؛ لأن الزوج فوّت ما ملكه باختياره، وذلك يقتضي وجوب كل المهر؛ كالمشتري إذا تلف المبيع قبل القبض في يد البائع.

وعند تعارض الأقيسة.. وجب المصير إلى النص، وهو ما تلوناه.

فإن قيل: قد تقرر في الأصول أن عند تعارض الحجّتين.. يصار إلى ما بعدهما لا ما فوقهما، والنص فوق القياس، فكيف يصار إليه بعد التعارض؟!

قلنا: هذا النص خصّ منه صورة الطلاق بعد الخلوة وتسمية الخمر ونحوها؛ لأن الواجب في الأول: كل المهر، وفي الثاني: المتعة، ولا خلاف في أن القياس يعارض مثل هذا النص، وإنما الخلاف في جواز الاحتجاج به بعد التخصيص، وقد وجدنا القياس المعارض لهذا النص معارضاً بمثله أيضاً، فتركنا ورجعنا إلى النص الذي يقتضي التّنصيف [٣٦٠/أ]، وهذا في الحقيقة عمل بكل واحد من القياسين من وجه في التنصيف:

فإن القياس المقتضي لوجوب الكل.. يعمل به في إيجاب النصف.

والقياس المقتضي لسقوط الكل يعمل به في إسقاط النصف، وهو مقتضى النص أيضاً.

واعلم: أن الخلوة الصحيحة.. توجب كمال المهر، والعدة، والنسب، والنفقة، والسكنى في هذه العدة، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها، والأمة ما دامتِ العدَّةُ، ومراعاة وقت الطلاق في حقها؛ إلا الإحصان والحلّ للزّوج الأول.

وفي تحريم البنت عليه بعد الخلوة الصحيحة بالأم اختلفوا، فلا بد من معرفة ما به تكون الخلوة صحيحة:

ففي «الخلاصة» و«البزازية»: إن خلا بها وهو محرم أو صائم من رمضان، ثم طلقها.. له أن يتزوّج بنتها عندهما، خلافاً لأبي يوسف؛ لعدم صحة الخلوة عندهما، وصحتها عنده.

قال القدوري: الصحيح أن صوم النفل والنذر والقضاء لا يمنع الخلوة، ولا تصح خلوة الغلام الذي لا يجامِعُ مثلُه، ولا الصغيرة التي لا يُجامَع مثلُها.

صغير يقدر على الإيلاج، ولكن ليس له شهوة، زفت إليه امرأته وهي صغيرة يجامع مثلها، دخل بها.. لا يجب كمال المهر؛ كالمريض إذا لم يشته.

ولو كان معهما ثالث.. لا تصح الخلوة، إلا أن يكون الثالث ممّن لا يشعر كصغير جدّاً، أو المغمى عليه.

أدخلها في بيته، وفيه عشر جوارٍ له.. تصح الخلوة، ولو كانت جاريته، فكذلك في «الصحيح».

وإن كانت امرأته الأخرى.. فهي والجارية سواء.

ويحل الوطء بحضرة الضرة، كذا أفتى محمد، ثم رجع وقال: لا يحلّ.

ولو كان معهما مجنون مطبق أو مغمى عليه، إن كان في النهار.. لا تصح الخلوة، وإن في الليل.. تصح، وكذا الأعمى في الأصح.

ولا تصح في الطريق الأعظم.

وإن معهما نائم.. صحت في الليل والنهار.

والكلب العقور يمنع الخلوة.

وإن لم يكن عقوراً.. قيل: إن كان للمرأة.. منع، وإن للزوج.. لا يمنع.

وَإِن سكتَ عَنهُ أو نَفَاهُ.. لزمَ مهرُ الْمِثْلِ بِالدُّخُولِ أَوِ الْمَوْتِ.

وإن خلا بها في المسجد أو الحمام؛ إن ليلاً.. صح، وإن نهاراً.. لا.

وخلوة المجنونة صحيحة عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وكذا الخلوة بالرتقاء توجب العدة وكمال المهر؛ لأنه يتمكن من الوطء بالفتق.

وكذا خلوة المجبوب والعنين؛ لأنهما يتمكنان بالسّحق، كذا في «البزازية».

وفيها أيضاً: الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا توجب العدة وكمال المهر.

وكذا الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح **إن كان المانع حسيّاً**؛ كالمرض المدنف، أو صغرهما، أو صغر أحدهما، **وإن كان المانع فيها شرعيّاً**؛ كالصوم والحيض والإحرام.. توجب العدة.

دخلت على الزوج وهو نائم.. صحت الخلوة، علم أو لم يعلم.

والخلوة ليس لها حكم الوطء **في المراجعة**، فلا يصير مراجعا بها، **ولا في الميراث**، حتى لو طلّقها ومات وهي في عدة الخلوة.. لا ترث.

واختلفوا في أنه هل يقع عليها طلاق آخر في عدة الخلوة؛ قيل: نعم، وقيل: لا، وفي «البزازية»: والمختار: أنه يقع.

(**وإن سكت عنه**)، أي: عن ذكر المهر (**أو نفاه**)؛ أي: حين العقد (**.. لزم مهر المثل**)؛ أي: تقرره في الذّمة [٣٦٠/ب]، وأما نفس وجوبه.. فيثبت بمجرّد العقد بلا توقف إلى زمان الدخول أو الموت، على ما في بحث الخاص من «الأصول».

(**بالدخول أو الموت**)؛ أي: موت أحدهما.

وقال الشافعي: لا يجب شيء في الموت.

له: أن المهر خالص حقها، فتمكن من نفيه ابتداء، كما يتمكن من إسقاطه انتهاء.

وبالطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ وَالْخلْوَةِ: مُتْعَةٌ مُعْتَبَرَةٌ بِحَالهِ فِي الصَّحِيح.
ولَا تنقصُ عَن خَمْسَةِ دَرَاهِمَ، وَلَا تُزادُ على نصفِ مهرِ الْمثلِ.

قلنا: المهر وجب حقاً للشرع على ما قدّمناه، وإنما يصير حقها في حالة البقاء، فتملك الإبراء دون النفي.

(**وبالطلاق**) احترز به عن الفرقة الحاصلة من جانب المرأة بردتها، أو تقبيلها ابن زوجها بشهوة، أو إرضاعها زوجته الصغيرة، واختيارها الفسخ بالبلوغ والإعتاق؛ فإنها لا تجب لها المتعة فيها.

(**قبل الدخول والخلوة: متعةٌ**)؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾، والأصل في الأمر المطلق: الوجوب، فتكون المتعة واجبة.

وقال مالك: هي مستحبّة؛ لأن الله تعالى سمّاها إحساناً في قوله: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾.

قلنا: ذلك مصروف التي لها مهر أو نصف مهر كيلا يعارض الأمر، فالمعنى على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويزيدون على ذلك إحساناً منهم.

(**معتبرة بحاله**) أي: بحال الزوج (**في الصحيح**)، اختاره أبو بكر الرازي عملاً بنص قوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾.

وقال الكرخي: هي معتبرة بحالها؛ لقيامها مقام نصف المهر.

وجه الصحيح: أن الرأي لا يعمل به في مقابلة النص.

(**ولا تنقص**) أي المتعة (**عن خمسة دراهم، ولا تزاد على نصف مهر المثل**) وذلك لأن المتعة:

إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا.

فإن كانت زائدة.. فلها نصف مهر المثل؛ لأن مهر المثل هو العوض الأصلي، ولكن تعذر بتنصيفه؛ لجهالته، فيصار إلى خلفه وهو المتعة، فلا يزاد على نصف مهر المثل.

وَهِيَ دِرعٌ وخِمارٌ وَمِلْحَفَةٌ.

وَكَذَا الحُكمُ لَو تزَوَّجهَا بِخَمْرٍ أَو خِنْزِيرٍ، ....

وإن لم تكن زائدة؛ فإما أن تكون مساوية له أو لا.

فإن كانت مساوية.. فلها المتعة اتباعاً.

وإن لم تكن؛ فإما أن تكون أقل من خمسة دراهم أو لا.

فإن كانت أقلّ.. فلها الخمسة؛ لأن المهر هو الأصل والمتعة خلف، ولا مهر أقل من عشرة دراهم، فلا متعة أقل من خمسة دراهم.

وإن لم تكن أقل.. فلها المتعة بالنص.

فإن قيل: نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل.. ففيها تقييد له وهو نسخ.

أجيب: بأن قوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ دلّ على أن المهر مقدر شرعاً؛ لأن الفرض بمعنى التقدير، وقوله ﷺ: «ولا مهر أقل من عشرة دراهم» والإيجاب بالتسمية في مهور من يعتبر بمهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المجمل، فكان معارضاً لنص المتعة، والتفصيل المذكور كان توفيقاً بينهما كذا في «العناية».

(**وهي**) أي المتعة: (**درع وخمار وملحفة**) على ما روي عن عائشة وابن عباس؛ لأنها تصلي في ثلاثة أثواب، وتخرج فيها عادة.

(**وكذا الحكم**) - أي: يجب مهر المثل بالدخول، والموت، والمتعة بالطلاق قبل الدخول - (**لو تزوّجها بخمر أو خنزير**)؛ لأن المسمى ليس بمال متقوم [٣٦١/أ] في حق المسلم، فكان شرط قبوله شرطاً فاسداً، إلا أن النكاح لمّا لم يبطل بالشروط الفاسدة.. صحّ النكاح، ولغا الشرط، ووجب مهر المثل.

بخلاف البيع بها حيث يبطل؛ لأنه مما يفسد بالشرّوط الفاسدة، وهذا حجة على مالك في قوله: «النكاح فاسد، ولا يجب شيء اعتباراً له بالبيع».

أو بهذا الدَّنِّ مِنَ الْخلِّ.. فَإِذا هُوَ خمرٌ، خلافاً لَهما.
أَو بِهَذَا العَبْدِ.. فَإِذا هُوَ حرٌّ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وبخلاف ما إذا تزوج على عبد الغير بعينه؛ فإنه تجب قيمته عليه لا مهل المثل؛ لصحّة التسمية، وكونه ملك الغير لا يمنع صحة التسمية لقيام المالية، حتى لو ملكه الزوج بشراء، أو هبة، أو إرث قبل القضاء بالقيمة.. يجب عليه تسليمه، وتجبر المرأة على القبول؛ لكونه عين المسمّى بالعقد حقيقة.

ولو أعتقه، أو كاتبه، أو باعه قبل التسليم إليها.. نفذ؛ لأنه صادف ملكه.

ولو أعتقته المرأة أو باعته قبل التسليم والقبض.. لا ينفذ؛ لأن بتبدل الملك إلى الزوج من المالك تبدل عين المسمّى حكماً، فكان غير المسمى حكماً، فلم تملك المرأة قبل القبض، ولم تنفذ تصرفاتها فيه قبل القبض.

وأما لو ملكه الزوج بعد القضاء بالقيمة.. فلم يعد حقها إلى العبد، فلا يجبر على القبول؛ لأن حقّها نقل من العين إلى القيمة، وتقرر فيها بالقضاء، فلم يعد بعده.

وكذا لو تزوج على عبده وهو ابن المرأة أو أبوها، فاستحق ذلك العبد؛ فإنه يجب عليه قيمته لصحة التسمية أيضاً، حتى لو ملكه من المستحق بشيء من أسباب الملك.. وجب عليه تسليمه على ما ذكرناه.

(**أو بهذا الدن من الخل؛ فإذا هو خمر، خلافاً لهما.**

أو بهذا العبد؛ فإذا هو حرّ، خلافاً لأبي يوسف) يعني: يجب مهر المثل في المسألتين عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يجب مثل وزن الخمر من الخل، وقيمة الحر لو كان عبداً.

ومحمد مع أبي حنيفة في العبد، ومع أبي يوسف في الخل.

وجه أبي يوسف: أنه أطعمها مالاً وعجز عن تسليمه، فيجب قيمته في القيمي، ومثله في المثلي؛ كما إذا تزوجها على عبد واستحق أو هلك قبل القبض.

ولأبي حنيفة: أن الإشارة قد اجتمعت مع التسمية، فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ

في المقصود وهو التعريف؛ لأنها بمنزلة وضع اليد على المشار إليه؛ فكأنه تزوج على خمر أو حرّ بعينهما.

ولمحمد: أنه متى اجتمعت التسمية والإشارة:

فإن كان المسمى والمشار إليه من جنس واحد.. كان المعتبر هو المشار إليه، ويتعلق العقد به؛ لأن التسمية هناك لا تدل على ماهية أخرى غير ما تدل عليه الإشارة، وإنما تدل على الصفة، وهي تتبع الموصوف في الاستحقاق وعدمه، والموصوف - أي: المسمى - موجود في المشار إليه؛ لأنه هو المشار إليه لولا الصفة، ولم تعتبر الصفة لتبعيتها.

وإن كانا من جنسين.. فالمعتبر هو المسمّى، ويتعلق العقد به لا المشار إليه؛ لأن التسمية حينئذ تدل على ماهية أخرى غير المشار إليه؛ لاختلاف الجنس، فيكون المسمّى مثل المشار إليه في استحقاقه أن يكون مراداً، ولا يكون تابعاً له والتسمية أبلغ في التعريف إذا كانا من جنسين من حيث إنها [٣٦١/ب] تعرف الماهية من حيث هي، والإشارة إنما تعرف ذاتاً مشاراً إليه من غير دلالة على حقيقته.

ألا ترى أن من اشترى ياقوتاً أحمر؛ فإذا هو أصفر.. ينعقد العقد لاتحاد الجنس، ولو تبين أنه زجاج.. لا ينعقد؛ لاختلاف الجنس، وفيما نحن فيه: الحر مع العبد واحد لقلة التفاوت بينهما في المنافع؛ فإن صفة كونه عبداً لو ارتفعت.. عاد حرّاً؛ لعدم الواسطة كما في الميتة والذكية، والذكر والأنثى، بخلاف الخل مع الخمر.. فإنهما جنسان يفحش التفاوت بينهما من حيث الاسم والصّفة؛ كالحموضة في الخل، والحدة في الخمر، والمعنى كالإسكار وعدمه، فالخل المسمّى مال متقوم تعلق به العقد، ولم يقدر تسليمه، فيجب مثل الخمر منه، والحر المشار إليه ليس بمال، فيجب مهر المثل.

وذكر في «النهاية» و«العناية»: إن الأصل عندهم أن المعتبر:

هو الإشارة عند أبي حنيفة في الفصول كلها.

أَو بِثَوْبٍ أَو بِدَابَّةٍ لم يُبيِّن جنسُهما.

أَو بتعليمِ الْقُرْآنِ أَو بِخِدْمَةِ الزَّوْجِ الْحرِّ لَهَا سنةً، وَعند مُحَمَّدٍ: لَهَا قيمَة الْخدمَةِ.

وعند محمد: في الجنس الواحد يعتبر الإشارة، وفي الجنسين يعتبر التسمية.

وعند أبي يوسف: يعتبر التسمية في الفصول كلها.

وفيه بحث؛ لما ثبت أن المعتبر عند اختلاف الجنس: المسمّى، وعند اتحاده: المشار إليه في جميع العقود من النكاح والبيع والإجارة، فالأولى أن يقال على ما ذكره في «الإيضاح»: أنه لا خلاف بينهم في أن المعتبر المشار إليه، إذا كان المسمى من جنسه، وإن كان من خلاف جنسه.. فالمعتبر المسمّى، على ما ذكرناه في وجه محمد.

وإنما الخلاف في التخريج: هو أن الحر والعبد، وكذا الخل والخمر، من جنس واحد عند أبي حنيفة، فيعتبر الإشارة فيهما.

وعند أبي يوسف: الحر والعبد جنسان، وكذا الخل والخمر جنسان؛ لأن المسمّى يصلح مهراً، والمشار إليه لا يصلح، فيتعلق العقد بالمسمى.

وعند محمد: العبد مع الحر جنس واحد، والخل مع الخمر جنسان على ما مر، وهذا أصل متفق عليه في العقود كلها.

(أو بثوب أو بدابة لم يبين جنسهما) بأن ذكر الثوب، أو الدابة، أو الحيوان، ولم يزد عليه من الأوصاف؛ كالفرسية والحمارية، والقطن والكتان والإبريسم.

ووجهه: أن الثوب والحيوان أجناس مختلفة، والجهالة في الجنس متفاحشة، فلا تصح التسمية، فيجب مهر المثل.

(أو بتعليم القرآن أو بخدمة الزوج الحر) - قيده بالحر؛ لأن حكم خدمة الزوج العبد سيأتي مصرحاً - (لها سنة) هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(وعند محمّد: لها قيمة الخدمة)؛ لأن المسمى؛ أي: الخدمة مال عنده، إلا أنه

وَكَذَا يجبُ مهرُ الْمثلِ فِي الشِّغَارِ، وَهُوَ: أَن يُزَوِّجَهُ بنتَهُ على أَن يُزَوِّجهُ بنتَهُ أَوَ أُخْتَهُ مُعَاوضَةً بالعَقدينِ.

عجز عن التسليم؛ لمكان المناقضة؛ لأن عقد النكاح يقتضي أن تكون المرأة خادمة والزوج مخدوماً؛ لقوله ﷺ: «النكاح رق»، وفي جعل خدمة الزوج الحر مهراً لها: عكسُ ذلك.

بخلاف الزوج العبد، فصار كالتزويج على عبد الغير، وفيه قيمة المسمى، فكذا هذا.

ولهما: أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال؛ لقوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ وتعليم القرآن وخدمة العبد: ليس بمال؛ لأن التمول يعتمد البقاء في [٣٦٢/أ] زمانين، والخدمة عرض لا يبقى زمانين، بل يتجدد بالأمثال على المشهور، ولأن خدمة الزوج الحر لا تستحق بعقد النكاح؛ لاستلزامه قلب الموضوع على ما ذكرنا؛ فإذا لم يكن مالاً.. وجب مهر المثل؛ كما في تسمية الخمر والخنزير.

وقال الشافعي: لها تعليم القرآن وخدمة الزوج كما في الزوج العبد؛ لأن ما يصلح أخذاً لعوض بالشرط.. يصلح مهراً عنده؛ لأن بذلك تتحقق المعاوضة، والتعليم والخدمة كذلك؛ كما في صورة الإجارة، فصار كما إذا تزوجها على خدمة حرّ آخر، وقد رضيه، أو على رعي غنمها.

قلنا: خدمة الزوج العبد ابتغاء بالمال؛ لتضمنه تسليم رقبته، وكذلك خدمة حرّ آخر؛ لعدم المانع والمناقضة فيه؛ كما في الزوج الحر فيجوز ولها: **عين خدمة الحر** على ما في «قاضي خان» و «الهداية»، **وقيمة الخدمة** على الزوج على ما في «التبيين» عن «الغاية».

ورعي الغنم من باب القيام على حقوق الزوجية، فلا مناقضة أيضاً.

(**وكذا يجب مهر المثل في الشغار**) من الشغور، وهو الرفع والإخلاء، وسمّي به هذا العقد؛ لأنهما بهذا الشرط كأنهما رفعا المهر وأخليا البضع عنه (**وهو: أن يزوجه بنته**) أو أخته (**على**) شرط (**أن يزوجه بنته أو أخته معاوضة بالعقدين**).

وَلَو تزَوَّج على خدمتِهِ لَهَا سنةً وَهُوَ عبدٌ.. فلهَا الْخدمَةُ.

وَلَـو أعتـقَ أَمَتَـهُ علـى أَن يَتَزَوَّجهَـا فعِتْقُهـا صَـدَاقُهَا عِنْـد أَبِـي يُوسُـفَ، وَعِنْدَهُمَا: لَهَا مهرُ الْمثلِ.

وَلَو أَبَت أَن تتزوَّجَهُ.. فعلَيْهَا قيمتها لَهُ إِجْمَاعاً.

وقال الشافعي: يبطل العقدان؛ لما رواه مسلم أنه ﷺ قال: «لا شغار في الإسلام»؛ ولأنه جعل نصف البضع مهراً ونصف الآخر منكوحاً؛ لأنه لما جعل ابنته منكوحة الآخر ومهر ابنته.. اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين، نصفه للزوج بحكم النكاح، ونصفه لابنته بحكم المهر، فيلزم الاشتراك، ولا اشتراك في النكاح.

قلنا: هذا من قبيل الشروط الفاسدة في النكاح؛ لكونه تسمية لما ليس بمال، والنكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة، وما رواه من النهي: محمول على الإخلاء عن تسمية المهر، واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شيء آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم في الجاهلية، أو محمول على الكراهة، والاشتراك في البضع إنما يلزم لو صلح البضع مهراً لامرأة أخرى، ولكنه لم يصلح، فبقي شرطاً فاسداً، فلا يفسد به النكاح.

(**ولو تزوج**)؛ أي: بإذن سيّده، (**على خدمته لها سنة وهو**) - أي: الزوج - (**عبد.. فلها الخدمة**)؛ لأنه ابتغاء بالمال على ما مر، ولا مانع فيه؛ لعدم المناقضة؛ لوجود إذن مولاه على ما هو المفروض.

(**ولو أعتق أمته على**) شرط (**أن يتزوجها.. فعتقُها صداقها عند أبي يوسف، وعندهما: لها مهر المثل**) بناء على أن العتق مال عنده، وليس بمال عندهما؛ فإذا لم يكن مالاً عندهما.. لم تصح التسمية، فلها مهر المثل، هذا فيما إذا قبلت حين قال أُعتِقُك على أن تزوجني نفسك، (**ولو أبت أن تتزوجه.. فعليها قيمتها له**) أي للمولى (**إجماعاً**)؛ لأنها غرته على العتق، وكذا أم الولد، لكن لا قيمة له عليها عند [٣٦٢/ب] إبائها عن التزوج.

وللمفوِّضةِ مَا فُرِضَ لَهَا بعدَ العقدِ إنْ دخلَ بها أَو مَاتَ أحدهما.

والمتعةُ إِن طلَّقَ قبلَ الدُّخُولِ، وَعند أَبِي يُوسُفَ: نصفُ مَا فَرَضَ، وَإِن زَاد فِي مهرِهَا بعدَ العقدِ.. لَزِمت.

ولو قالت لعبدها: أعتقتك على أن تتزوجني بألف فقبل.. عتق، وعليه قيمته لها إن أبى أن يتزوجها، وإلا.. قسم الألف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها، فما أصاب رقبته.. فهو قيمته، وما أصاب المهر.. فهو مهرها، ويتنصف بالطلاق قبل الدخول.

(وللمفوِّضة) - من التفويض، وهو التسليم وترك المنازعة، وهو بكسر الواو: المرأة التي أذنت لوليها أن يزوجها من غير تسمية المهر، أو على أن لا مهر لها فزوجها كذلك، وقد يروى بفتح الواو على أن الولي فوضها لزوجها بلا مهر، وكذا الأمة إذا زوجها سيدها بلا مهر، وكذا المرأة التي نكحت نفسها بلا ولي بلا مهر على ما في «التلويح» - (ما فرض لها بعد العقد)؛ بأن تراضيا بعد العقد على تسميته، وإن لم يتراضيا على شيء أصلاً.. فلها مهر المثل بمجرد العقد عندنا على ما في «الأصول».

(إن دخل بها أو مات أحدهما)؛ لأن بالدخول يتأكد النكاح والمتعة، تراضيا على تسميته أو لم يتراضيا.

(والمتعة إن طلق قبل الدخول) والخلوة الصحيحة؛ لقوله تعالى ﴿إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ هذا عند أبي حنيفة ومحمّد.

(وعند أبي يوسف: نصف ما فرض) وهو قول الشافعي.

له: أنه مفروض، فيتنصف بمقتضى قوله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾.

ولهما: أنّ هذا الفرض تعيين الواجب بالعقد، وهو مهر المثل، وذلك لا يتنصف، فكذا ما هو بمنزلته والمراد بالآية: الفرض عند العقد؛ لأنه المتعارف.

(وإن زاد في مهرها بعد العقد.. لزمت) الزيادة.

وقال زفر والشّافعي: لا تجوز تلك الزيادة؛ لأن الزّوج قد ملك البضع بالمهر المسمّى عند العقد، فكانت الزيادة عوض ملكه، فلا يصح، فتكون هبة، فيشترط فيها شرط الهبة.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾؛ ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر، حتى جاز فرضه فيه إذا لم يفرض عند العقد، فكانت حالة الزيادة كحالة العقد، فيستدعي إلى حالة العقد.

ومن فروع صحة هذه الزيادة مسائل:

الأولى: ما ذكره في «قاضي خان»: رجل طلق امرأته طلاقاً رجعيّاً، ثم راجعها، وقال لها: زدت في مهرك.. لم يصح؛ لكونها مجهولة، ولو قال: راجعتك بمهر ألف درهم؛ فإن قبلت.. لزمت الزيادة، وإلا.. فلا؛ لأن هذه زيادة في المهر، فتتوقف على قبولها. انتهى.

فظهر منه لزوم القيدين في كلام المصنف، أحدهما: كون الزيادة معلومة، والثاني: قبول المرأة.

والمسألة الثانية: ما ذكره في «قاضي خان» و«الخلاصة»: لو تزوج امرأة بألف درهم، ثم جدّد النكاح بألفي درهم.. اختلفوا فيه:

ذكر الإمام خواهر زاده: أنّ على قول أبي حنيفة ومحمد: لا يلزمه الألف الثانية، ومهرها ألف درهم .

وعلى قول أبي يوسف: يلزمه الألف الثانية.

وبعضهم ذكروا الخلاف على عكس هذا.

وذكر عصام أن عليه الغبن، ولم يذكر فيه خلافاً، وذكر شمس الأئمة الحلواني: إذا جدد النكاح [٣٦٣/أ] في المنكوحة.. روي عن أبي حنيفة يلزمه المهر الثاني، ويكون زيادة في المهر.

قال مولانا رضي الله عنه: وينبغي أن لا يلزمه الألف الثانية؛ لأنها ليست بزيادة لفظاً، ولو ثبتت الزيادة.. إنما ثبتت في ضمن النكاح؛ فإذا لم يصح النكاح الثاني.. لم يثبت ما في ضمنه؛ ولهذا لو باع شيئا بألف، ثم باعه بألف وخمسمائة.. كان البيع الثاني فسخاً للبيع الأوّل، والزيادة في الثمن وفي المهر سواء، ولو أمكن أن يجعل العقد الثاني بألف.. لا يجعل المال الثاني زيادة في المهر.

وقال الفقيه أبو الليث: إذا جدّد العقد.. يجب كلا العقدين.

وفتوى القاضي الإمام: الأصل على أنه لا يجب بالعقد الثاني شيء، إلا إذا عنى به الزيادة في المهر، فحينئذٍ يجب المهر الثاني.

والثالث: ما ذكره في «الخلاصة» من مسألة المواضعة: رجل يتزوج امرأة على مهر في السرّ، وسمّع في العلانية بأكثر من ذلك؛ **إن** تواضعا في السر على مهر، وتعاقدا في العلانية بأكثر.. فالمهر مهر العلانية، **إلا أن** يكون الزوج أشهد عليها أو على وليها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السّر، والعلانية تسمعة.. فحينئذٍ المهر مهر السر.

والإمام خواهر زاده جعل هذه المسألة على وجهين؛ إما إن اتفقا على أن العلانية هزل، أو اختلفا.

فإن اتفقا.. لا يجب العلانية، والمهر مهر السر.

وإن اختلفا فادعى الزوج المواضعة وأنكرت المرأة.. فالقول قولها.

وفي البيع: الثمن ما تعاقدا عليه في العلانية، اتفقا على المواضعة أو اختلفا، عند أبي حنيفة.

هذا إذا تعاقدا بجنس ما تواضعا عليه، ولكن بأكثر.

أما إذا تعاقدا على خلاف جنس ما تواضعا عليه.. فإنه ينعقد النكاح بمهر المثل إن اتفقا على المواضعة.

وَتسقطُ بِالطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ، وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: تتنصَّفُ أَيْضاً.

وَإِن حطَّت عَنهُ مِنَ الْمهْرِ.. صَحَّ.

وَإِذا خلا بهَا بِلَا مَانعٍ مِنَ الوطءِ حسّاً أَو شرعاً أَو طبعاً؛ كَمَرَضٍ يمْنَعُ الْوَطْءَ ورَتْقٍ..

هذا إذا تواضعا في السر وتعاقدا في العلانية بأكثر.

وإن تعاقدا في السّر بألف وأظهرا في العلانية ألفي درهم؛ إن اتفقا على المواضعة.. فالمهر ما تعاقدا عليه في السّر، وإن اختلفا.. فالقول قول المرأة في دعوى الجِدِّ؛ فإن أقام الرجل عليها البينة أو على وليّها.. ثبت ما ادّعاه، ولو عقدا في السرّ بألف، ثم عقدا في العلانية بألفين.

وإن أشهدا أن العلانية تسمعة.. فالسر.

وإن لم يُشهدا: قال الصدر الشهيد عن أبي حنيفة: المهر مهر السر.

وعند محمد: مهر العلانية، وسيأتي لهذا زيادة تفصيل إن شاء الله تعالى في بيان جواز النكاح بالهزل.

(**وتسقط**) تلك الزيادة (**بالطلاق قبل الدخول**) عند أبي حنيفة ومحمد، (**وعند أبي يوسف**) وهو قول الأول (**تتنصف**) تلك الزيادة (**أيضاً**) أي كالأصل، وذلك لأن التنصيف في النص المذكور يختص بالمفروض عند العقد عندهما، وعند أبي يوسف المفروض بعده كالمفروض في العقد.

(**وإن حطت**) المرأة (**عنه من المهر.. صحّ**) حطّها؛ لأن المهر بقاء حقّها، والحطّ يلاقيه حالة البقاء [٣٦٣/ب].

ثم شرع في بيان الخلوة الصحيحة وقد ذكرناها في أوائل الباب.

(**وإذا خلا بها بلا مانع من الوطء**) أي: من أحد الجانبين (**حسّاً، أو شرعاً، أو طبعاً؛ كمرض**) في أحدهما (**يمنع الوطء**)، وهذا نظير لمانع الحسّي، ويدخل فيه ما به يلحق الزوج ضرر من الوطء، (**وَرَتَقٍ**) وقرن وصغر لا يمكن معه الجماع، ولو كان

وَصَوْمِ رَمَضَانَ وإِحرامِ فرضٍ أَو نفلٍ وحيضٍ ونفاسٍ.. لزمَهُ تَمامُ الْمهْرِ، وَلَو كَانَ خَصياً أَو عِنّيناً، وَكَذَا لَو كَانَ مجبوباً، خلافاً لَهما.

يشتهي وتتحرك آلته قال شرف الأئمة: ينبغي أن يجب كمال المهر.

(وصوم رمضان، وإحرام فرض) الحج، أو عمرة (أو نفل)، هذه الثلاثة نظير للمانع الشرعي؛ لأن الوطء فيها يوجب القضاء والكفارة، وكذا صلاة الفرض على ما سيأتي.

(وحيض ونفاس): نظيران للمانع الطبيعي والشرعي معاً.

(.. لزمه تمام المهر) لصحة الخلوة فيها.

وقال الشافعي في الجديد: يجب نصف المهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ الآية؛ ولأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء، فلا يتأكد المهر دونه.

ولنا: قوله ﷺ: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها.. وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل» رواه الدارقطني؛ ولأنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع، وذلك وسعها، فتأكد حقها في البدل اعتباراً بالبيع؛ فإن تخلية المبيع برفع الموانع تسليم له، ويجب به تسليم الثمن، وما تلاه عام خصّ منه البعض على ما ذكرناه، فيجوز تخصيصه بعده بما رويناه، ويجوز أن يكون المراد بالمس: الخلوة، بطريق إطلاق اسم المسبب على السبب.

(ولو) كان الزوج (خصياً) - أي: مقطوع الأنثيين - (أو عنيناً) أي: لا يقدر على الجماع أصلاً، أو على جماع البكر، أو على جماع امرأة معينة، (وكذا لو كان مجبوباً) أي: مقطوع الذكر والأنثيين معاً عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما) في الجب.

لهما: أن المجبوب أعجز من المريض؛ لعدم الآلة فيه أصلاً، وقد يجامع المريض، بخلاف العنين؛ فإن الوقوف على حقيقة العنة متعذر، وسلامة الآلة وجود

وَصَوْم قَضَاءٍ غيرُ مَانعٍ فِي الْأَصَحِّ.

وَكَذَا صَوْمُ النّذرِ فِي رِوَايَةٍ.

وَفي فرضِ الصَّلَاةِ مَانعٌ.

وَالْعِدَّةُ تجبُ بالخلوةِ وَلَو مَعَ الْمَانِعِ؛ احْتِيَاطاً.

سببٍ إلى الوطء؛ إذ الأصل: السلامة في الوصف أيضاً، فيدار الحكم عليه، وكذا في الخصي.

ولأبي حنيفة: أن المستحق عليها التسليم في حق المستحق وقد أتت به.

(وصوم قضاء) - أي: قضاء رمضان وغيره - (غير مانع) عن الخلوة (في الصحيح)؛ لعدم وجوب الكفارة بالإفساد.

(وكذا) أي: غير مانع (صوم النذر في رواية)، قال القدوري: الصحيح أن صوم التطوع والقضاء والنذر لا يمنع الخلوة، وكذا صوم الكفارات؛ إذ لا يلزم الكفارة بإفسادها، وفي رواية عن أبي حنيفة: إنّ صوم التطوع يمنع صحة الخلوة؛ لأنه يمنعه عن الوطء شرعاً لصيانة المؤدّي عن البطلان.

(و في فرض الصلاة مانع)، بخلاف نفلها؛ اعتباراً بالصوم.

(والعدة تجب بالخلوة) صحيحة أو لا، على ما أشار إليه بقوله: (ولو مع المانع) من الموانع المذكورة (احتياطاً)؛ لتوهّم الشغل، ولأن العدة حق الشرع والولد، ولهذا لا يملك الزوجان إبطالها، ويجري فيها التداخل، وحق العبد لا يتداخل، وأما أنّه حق الولد.. فلقوله ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر.. فلا يسقينَّ [٣٦٤/أ] ماؤه زرع غيره» والمقصود منه: رعاية نسب الولد، فلا يصدق الزوج في قوله «لم أطأها»، ولا المرأة في قولها «لم يطأني»، بخلاف المهر؛ فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة؛ لأنه مال لا يحتاط في إيجابه.

وعن «شرح القدوري»: إن المانع إن كان شرعياً.. تجب العدّة؛ لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصّغر.. لا تجب العدة؛ لعدم التمكن حقيقة،

والمتعةُ وَاجِبَةٌ: لمطلَّقةٍ قبلَ الدُّخُولِ لم يسمَّ لَهَا مهرٌ.

ومستحبَّةٌ: لمطلَّقةٍ بعدَ الدُّخُولِ.

وَغيرُ مُسْتَحبَّةٍ: لمطلَّقةٍ قبلَهُ سُمِّي لَهَا مهرٌ.

فكان كالطّلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل، كذا في «فتح القدير».

ويؤيّده ما قاله في «قاضي خان»: وإن كان عاجزاً عن الجماع حقيقة.. لا تجب العدّة. انتهى.

واعلم: أنّ وجوب العدّة وتمام المهر بالخلوة مطلقاً، صحيحة أو فاسدة.. إنما هو في النكاح الصحيح، وأما النكاح الفاسد.. فلا تجب فيه العدّة، ولا تمام المهر بالخلوة مطلقاً ما لم يدخل بها حقيقة، كذا في «الخلاصة» وغيرها.

(**والمتعة واجبة: لمطلّقة قبل الدخول لم يُسمَّ لها مهرٌ**) وقد مرّ هذا في المفوّضة.

(**ومستحبّة: لمطلّقة بعد الدّخول**) سُمّي لها مهر أو لم يُسمَّ على ما في «العناية».

(**وغير مستحبة: لمطلَّقة قبله**)؛ أي: قبل الدخول (**سمّي لها مهر**)؛ لأن نصف المهر في حقها قام مقام المتعة.

وقال الشافعي: تجب المتعة للمدخول بها؛ لأن ما سلم لها.

وقيل: إنها مستحبة فيها أيضاً من جميع المهر في مقابلة البضع، لا في مقابلة العقد؛ ولأنه أوحشها بالطلاق، فيجب دفعاً للوحشة، غير أنّ التي لم يدخل بها وقد سُمِّيَ لها مهر.. وجب لها نصف المهر بطريق المتعة، ولا يجب لها ثانياً.

قلنا: إن المتعة خُلفٌ عن مهر المثل في المفوضة، فلا يجامعه ولا شيئاً متصلاً به، وهو: المسمى وبعضه.

والمهر كلّه وجب بالعقد، حتى إنّ لها أن تطالبه بالجميع قبل الدخول بها، والدخول إنما يتقرر به ما وجب بالعقد، فما سلم لها.. لم يكن في مقابلة البضع

وَلَو سمَّى لَهَا ألفاً وقبضَتْهُ ثـمَّ وهَبَتْهُ لَهُ ثـمَّ طَلَّقهَا قبلَ الدُّخُولِ.. رَجَعَ عَلَيْهَا بِنصفِهِ.

وَكَذَا كلُّ مَكِيلٍ وموزونٍ.

وَلَو قبَضَتِ النّصْفَ ثمَّ وَهَبتِ الْكلَّ أَوِ الْبَاقِيَ.. لَا يرجعُ، خلافاً لَهما.

على ما زعمه الشافعي، بل وجب بالعقد، والإيحاش ليس بجناية له؛ لأن الطلاق مشروع، ولا جناية في فعل المشروع.

(**ولو سمّى لها ألفاً وقبضته**) أي الألف كلّه، (**ثم وهبته له**) أي: المقبوض كلّه له، (**ثم طلقها قبل الدخول.. رجع عليها بنصفه**) خمسمائة درهم؛ لأنه يجب عليها أن تردّ نصف المهر إلى الزوج بالطلاق قبل الدخول بها، ولم يصل إليه بالهبة عين ما يستحقه؛ لأن الدراهم لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ، فكانت هبة هذه الألف كهبة ألف أخرى؛ فإذا لم يصل إليه عين ما يستحقه.. فله الرجوع.

(**وكذا كل مكيل وموزون**) غير معيَّنَين سُمّيا مهراً فقبضتهما، ثم وهبت، ثم طلّقها قبل الدخول.. رجع عليها بالنصف؛ لأنهما لما كانا غير معينين.. صارا ديناً في الذمة، والدّيون لم تتعين بالتعيين، حتى لا يجب عليها ردّ عين ما قبضته منه، فكانت هبته كهبة شيء آخر، فلم يصل إليه عين ما يستحقه.. فله الرجوع، وأما إذا كانا معينين فحكمه حكم العروض على ما في «فتح القدير»، وسيأتي حكم العروض.

(**ولو قبضت النصف**) [٣٦٤/ب]؛ أي: نصف المسمى من الدراهم أو المكيل أو الموزون، (**ثم وهبت الكل**)، أي: المقبوض وغير المقبوض، (**أو**) وهبت (**الباقي**) من المقبوض، ثم طلقها قبل الدخول (.. **لا يرجع**) واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**) قالا: يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل، ولا هبة البعض الذي في ذمته حطّ، وهو يلحق بأصل العقد، ويخرج من أن يكون مهراً، فكان المقبوض هو كل المهر حكماً.

وَلَو وَهَبَتْ أقلَّ مِنَ النّصْفِ وقبضتِ الْبَاقِيَ.. رَجَعَ عَلَيْها إِلَى تَمامِ النّصْفِ، وَعِنْدَهُمَا: بِنصْفِ الْمَقْبُوضِ.

وَلَو لم تقبض شَيْئاً فوهبته.. لا يرجع أحدهما على الآخر وكذا لَو كَانَ الْمهْرُ عَرَضاً فَوَهَبته قبلَ الْقَبْضِ أَو بعدَهُ.

ولأبي حنيفة: إنّ مقصود الزوج - وهو سلامة نصف المهر بلا عوض - قد حصل قبل الطلاق، فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق، والحط إنما يلتحق بأصل العقد إذا كان العقد عقد معاينة يحتاج إلى دفع الغبن عن أحد الجانبين بالزيادة أو الحطّ، والنكاح ليس كذلك، ولهذا لم تلتحق الزيادة في المهر بعد العقد بأصل العقد، حتى لا تتنصف الزيادة مع الأصل بالاتفاق بالطلاق قبل الدخول.

(**ولو وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي.. رجع عليها إلى تمام النصف**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: بنصف المقبوض**)؛ مثلاً: إذا تزوج على ألف، فوهبت مائتين وقبضت الباقي، فعنده: يرجع عليها بثلاثمائة، وعندهما: بأربعمائة؛ لأنه اعتبر ما سلم للزوج، وهما اعتبرا المقبوض، فكأنه تزوجها على ما قبضت، فيتنصف المقبوض.

(**ولو لم تقبض شيئاً**) من المهر المسمى، (**فوهبته**) كله (.. **لا يرجع أحدهما على الآخر**) بشيء فيما طلقها قبل الدخول استحساناً، والقياس: أن يرجع عليها بنصف الصداق، وهو قول زفر؛ لأنه سلّم له المهر بالإبراء، فلا يكون عين ما يستحقه بالطلاق، وهو براءة منه عمّا عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، فلا يبرأ الزوج عما يستحقّه الزوج.

وجه الاستحسان: إن ما يستحقه الزوج بالطلاق هو براءة ذمته عن نصف المهر، وقد وصل إليه ذلك، لكن بسبب آخر، ولا يبالى باختلاف الأسباب عند حصول المقصود.

(**وكذا لو كان المهر عرضاً فوهبته قبل القبض أو بعده**) فطلقهـا قبل الدخول..

وَإِن تزَوَّجهَا بِأَلفٍ على أَن لَا يُخرجَهَا مِنَ الْبَلَدِ، أَو على أَن لَا يتَزَوَّجَ عَلَيْهَا؛ فَإِن وَفى.. فلهَا الْألفُ، وَإِلَّا.. فمهرُ الْمِثلِ.

وَلَو تزَوَّجهَا على ألفٍ إِن أَقَامَ بهَا وعَلى أَلفَيْنِ إِن أَخرجهَا؛ فَإِن أَقَامَ.. فلهَا الْألفُ، وَإِلَّا.. فمهُر الْمِثلِ لَا يُزَادُ على أَلفَيْنِ وَلَا يَنقُصُ عَن الألفِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَهَا أَلفَانِ إِن أَخرجهَا.

لا يرجع أحدهما على الآخر بشيء استحساناً، وفي القياس - وهو قول زفر -: يرجع عليها بنصف قيمته؛ لأن الواجب فيه ردّ نصف عين المهر على ما مر من قبل.

ووجه الاستحسان: أن حقه عند الطلاق سلامة نصف عين المقبوض من جهتها، وقد وصل إليه، ولهذا لم يكن لها أن تدفع شيئا آخر مكانه، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً في ذمته على ما في المسألة الأولى.

(**وإن تزوّجها بألف على أن لا يخرجها من البلد، أو على أن لا يتزوج عليها؛ فإن وفى**) بالشرط (.. **فلها الألف**)؛ لأنه صلح مهراً، وقد تم رضاها به.

(**وإلا.. فمهر المثل**)؛ لأنها إنما رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فيما إذا كان لها فيه نفع كما في الشرطين، فعند فواته.. ينعدم رضاها بالألف، فيكمل مهر مثلها؛ كما إذا سمّى مع الألف أن يكرمها، ولا يكلّفها الأعمال الشاقة، وما يتعيب به، وأن يهديها هدية مع الألف.

(**ولو تزوّجها على ألف إن أقام بها** ، [٣٦٥/أ] **وعلى ألفين إن أخرجها؛ فإن أقام.. فلها الألف، وإلّا.. فمهر المثل لا يزاد على ألفين، ولا ينقص عن الألف**) عند أبي حنيفة، (**وعندهما: لها ألفان إن أخرجها**)؛ لأن الشرطين جائزان عندهما.

وقال زفر الشرطان جميعاً فاسدان، ويكون لها مهر المثل لا يزاد على ألفين، ولا ينقص عن الألف.

ووجه زفر: أنه ذكر في مقابلة شيء واحد وهو البضع لشيئين مختلفين على سبيل النقد، وهما ألف أو ألفان، فتفسد التسمية للجهالة، ويجب مهر المثل.

وَلَو تزَوَّجهَا بِهَذَا العَبْدِ أَو بِهَذه الأمَةِ:
فلهَا الْأَعْلَى إِن كَانَ مهر مثلِهَا أَو أقلَّ.
والأدنى إِن كَانَ مثلَهُ أَو أَكثرَ.
وَمهرُ مثلهَا إِن كَانَ بَينهمَا.

ولأبي حنيفة: أن الشرط الأول قد صح؛ لعدم الجهالة فيه، فيتعلق العقد به، ثم لم يصح الثاني؛ لأن الجهالة نشأت منه، ولم يفسد النكاح بالشرط الفاسد.

وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا تزوجها على ألفين إن كانت جميلة، وعلى ألف إن كانت قبيحة، حيث يصح فيها الشرطان جميعاً بالاتفاق.

وأجيب: بأن في الأولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية؛ لأنه لا يدري أن الزوج يخرجها أو لا، وفي المسألة الثانية: لا مخاطرة؛ لأن المرأة إما جميلة في نفس الأمر، وإما قبيحة، غير أن الزوج لا يعرفها، وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة، فيصح الشرطان جميعاً.

وكذا فيما إذا تزوجها على أنها إن كانت حرة الأصل على ألفين، وإلا.. فعلى ألف، أو على ألفين إن كانت له امرأة، أو على ألف إن لم تكن له امرأة؛ لعدم المخاطرة في الشرط.

(**ولو تزوجها بهذا العبد أو بهذه الأمة.. فلها الأعلى إن كان**) الأعلى (**مهر مثلها**) وهو ظاهر.

(**أو أقل**) من مهر مثلها؛ لأنها رضيت بالأقل منه.

(**والأدنى إن كان**) الأدنى (**مثله**)، وهو ظاهر أيضاً.

(**أو أكثر**) من مهر مثلها؛ لأنها ما رضيت الأقل من أدنى ما سمّي لها.

(**ومهر مثلها إن كان**) مهر مثلها (**بينهما**) بين الأعلى والأدنى، هذا عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: لَهَا الْأَدْنَى بِكُلِّ حَالٍ.

وَإِن طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ.. فلهَا نصفُ الْأَدْنَى إِجْمَاعًا.

وَإِن تزَوَّجهَا بِهَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ؛ فَإِذا أَحدُهمَا حرٌّ.. فلهَا العَبْدُ فَقَط عِنْدَ الإِمَامِ إِن سَاوَى عشرَةً، ....

(وعندهما: لها الأدنى بكل حال.

وإن طلقها قبل الدخول.. فلها نصف الأدنى) في الصور كلها (إجماعاً).

لهما: أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى؛ لأن الضمان الأصلي عندهما هو المسمى، وقد أمكن إيجاب الأدنى لتيقنه، كما في الخلع والإعتاق على مال على هذا الوجه؛ فإن الأدنى في ذلك متعين، فلا يصار إلى مهر المثل مع إمكان الضمان الأصلي.

ولأبي حنيفة: أن الموجب الأصلي عنده مهر المثل؛ إذ هو الأعدل، وإنما يعدل عنه عند صحة التسمية، وقد فسدت لمكان الجهالة، بخلاف الخلع والإعتاق على مال؛ لأنه لا موجب له في البدل، وإنما يجب البدل فيهما بالتسمية، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأعلى.. فالمرأة كانت راضية بالحط، وإذا كان أنقص من الأدنى.. فالزوج قد رضي بالزيادة، وإنما وجب نصف الأدنى دون الأعلى فيما إذا طلقها قبل الدخول؛ لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول فيما تكون التسمية فاسدة: المتعة، ونصف الأدنى يزيد عليها عادة، فوجب لاعترافه بالزيادة.

(وإن تزوجها بهذين العبدين وإذا أحدهما حر.. فلها العبد فقط عند الإمام) [٣٦٥/ب] (إن ساوى عشرة)؛ لأنه مسمّى، ووجوب المسمّى وإن قلّ.. يمنع وجوب مهر المثل؛ لتعذر اجتماعهما.

فإن قيل: وجوب المسمّى يقتضي صحّة التسمية وقد فسدت بفساد جزئها.

قلنا: المعتبر عند الإشارة، والإشارة إلى الحرّ يخرجه عن العقد، فكانت التسمية ابتداء على العبد.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: العَبْدُ مَعَ قيمَةِ الْحرِّ لَو كَانَ عبداً.

وَعند مُحَمَّدٍ: العَبْدُ وَتَمامُ مثلِ الْمهْرِ إِن هُوَ أقلُّ مِنْهُ.

وَإِن تزَوَّجهَا على فرسٍ أَو ثوبٍ هَرَوِيٍّ بَالغَ فِي وَصفِهِ أَو لَا.. خُيِّرَ بَينَ دفعِ الْوسطِ أَو قِيمَتِهِ.

(**وعند أبي يوسف: العبد مع قيمة الحر لو كان الحر عبداً**)؛ لأنه أطمعها سلامة العبدين، وعجز عن تسليم أحدهما، فيجب قيمته.

(**وعند محمّد: العبد وتمام مهر المثل إن هو**)؛ أي: قيمة العبد (**أقل منه**)؛ أي: من مهر المثل؛ لأنهما لو كانا حرين.. يجب تمام مهر المثل عنده؛ فإذا كان أحدهما عبداً.. يجب العبد وتمام مهر المثل.

(**وإن تزوجها على فرس**) أو حمار، هذا شروع في بيان حكم العقد على ما بيّن جنسه من الحيوان والثوب، بعد أن بيّن حكم العقد على ما لم يبين جنسه.

(**أو ثوب هروي بالغ في وصفه**) بحيث وصل إلى حدّ يجوز فيه عقد السلم (**أو لا**) يبالغ في وصفه (.. **يخيّر بين دفع الوسط**) من الفرس والثوب، (**أو قيمته**)؛ أي: قيمة الوسط؛ لأن لكل من الوسط والقيمة جهة أصالة:

القيمة: في حق الإيفاء؛ لأن إيفاء الوسط يتوقف على معرفته، ومعرفته على قيمته، فصارت أصلاً.

والوسط، في حق التسمية؛ لأن التسمية وقعت عليه، فيتخير بينهما، فتجبر المرأة على القبول بأيّهما أتى الزوج.

وفي رواية عن أبي حنيفة - وهو قول زفر -: إن الزوج يجبر على تسليم الوسط، ولا خيار له فيما إذا بالغ في وصفه؛ لأنه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الأمثال، ولهذا يجوز فيه السّلم، والجواب: منع كونها من ذوات الأمثال، بدليل: أن مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبيد.

وَكَذَا لَو تزَوَّجهَا على مَكِيلٍ أَو مَوْزُونٍ بَيَّنَ جنسَهُ لَا صفتَهُ.

وَإِن بَيَّنَ صِفتَهُ أَيْضاً.. وَجبَ هُوَ لَا قِيمَتُهُ.

وَقيل: الثَّوْبُ مثلُهُ إِن بُولغَ فِي وَصفِهِ.

وَإِن شَرطَ الْبِكارَةَ فَوَجَدَهَا ثَيِّباً.. لزمَهُ كلُّ الْمهْرِ.

(وكذا) أي يخير الزوج بين الوسط والقيمة (**لو تزوّجها على مكيل أو موزون بين جنسه لا صفته**) مثل أن يقول: تزوجتك على كرّ حنطة أو منّ من زعفران، ولم يزد على ذلك، والوجه فيه ما مرّ سابقاً.

(**وإن بين صفته**) من الوسط أو الردي (**أيضاً**)؛ أي: كما بين جنسه (.. **وجب هو**) أي الوسط (**لا قيمته**)؛ لأن الموصوف من كل منهما ثبت في الذمة ثبوتا صحيحاً، حالاً أو مؤجلاً، ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه.

(**وقيل: الثوب مثله**)؛ أي: يخير الزوج فيه أيضاً على الوسط (**إن بولغ في وصفه**)، وجهه: ما مر آنفاً في وجه قول زفر، والجواب: هو الجواب.

(**وإن**) تزوّجها (**بشرط البكارة فوجدها ثيباً.. لزمه كل المهر**)؛ لأن البكارة لا تستحق النكاح على ما في «المحيط»؛ وكذا لو شرط أنها شابة جميلة فوجدها عجوزاً شوهاء، والمراد بكل المهر: جميع مهر المثل بلا تسمية، وجميع المسمّى بلا نقصان مع التسمية، فلو قوبل البكارة بشيء زائد على مهر المثل.. لزم الزيادة، فلو أعطاها الزوج إيّاها.. لم يرجع عليها، كذا في «شرح النقاية».

وقال في «العمادية»: تزوج امرأة على أنها بكر؛ فإذا هي غير بكر، وقد أعطاها المعجل، هل له أن يرجع عليها مما زاد على دستيمان مثلها؟

فعلى قياس ما اختاره صدر الإسلام البزدوي ومن وافقه من مشايخ بخارى في مسألة الجهاز [٣٦٦/أ]: ينبغي أن يكون له ذلك.

وكذلك - على قياس ما ذكر من الفوائد المسموعة من صاحب «المحيط» -: تزوج امرأة على أنها بكر على زيادة مهر مثلها، فوجدها ثيباً، هل تجب تلك الزيادة؟

وَإِنِ اتَّفَقَا على قدرٍ فِي السِّرِّ وأَعلنا غَيرَهُ عِنْدَ العقدِ.. فَالْمُعْتَبرُ مَا أَعلناهُ، وَعندَ أَبِي يُوسُفَ مَا أَسرَّاهُ.

أجاب رحمه الله: أنه لا يجب؛ لأنه قابل الزيادة بما هو مرغوب وقد فات، فلا يجب ما قوبل به، وينبغي أن يكون له الرجوع فيما زاد على دستيمان مثلها، غير أنه ذكر في «فوائد الظهيرية» [لعلاء] الدين المرغيناني: أنه لا رجوع له، وكذا ذكر في المسألة الأولى أنه تجب الزيادة على خلاف ما ذكره صاحب «المحيط». انتهى كلام «العمادية».

فظهر منه أن كلًّا من لزوم الزيادة على مهر مثلها ومن جواز الرجوع عليها في الزيادة بعد الأخذ: خلافية.

ومال صاحب «الفصولين» إلى عدم لزوم الزيادة وجواز الرجوع، وقال في «القنية»: لا تجب الزيادة.

(**وإن اتفقا على قدر في السر وأعلنا غيره عند العقد.. فالمعتبر ما أعلناه، وعند أبي يوسف: ما أسراه**) هذا إشارة إلى صحة النكاح بالهزل.

وتوضيحه على ما في «شرح البزدوي»: أنهما **إما أن يهزلا بأصل العقد** بأن يقول لامرأة: إني أريد أن أتزوجك بألف تزوجاً باطلاً وهزلاً، ووافقته المرأة أو وليّها على ذلك، وعقدا عند الشهود.. يصح العقد بما سمّياه، والهزل باطل؛ لقوله ﷺ: «ثلاث جدّهنّ جد وهزلهّن جدّ: النكاح، والطلاق، واليمين»؛ ولأن الهزل إنما يؤثّر فيما يحتمل الفسخ كالبيع، والنكاح لا يحتمله.

وإما أن يهزلا في قدر المهر بأن يقول لها: إني أريد أن أتزوجك بألف، وأظهر في العلانية ألفين فقبلت هي، وعقدا عليه.. فهذا على أربعة أوجه:

إما أن يتفقا على الأعراض من الهزل.

أو يتفقا على البناء عليه.

أو يتفقا على أنه لم يحضرهما عند العقد شيء من الأعراض والبناء.

أو اختلفا فيه.

ففي الأوّل: المهر ألفان بالاتفاق.

وفي الثاني: ألف بالاتفاق.

وفي الثالث والرابع: اختلفت رواية الصاحبين عن أبي حنيفة.

فروى محمد عنه: أن النكاح جائز بألف، بخلاف البيع في هاتين الصورتين؛ فإنه ينعقد بألفين عنده.

وروى أبو يوسف عنه: أن المهر ألفان، وأن التسمية في الصحة مثل ابتداء البيع، من حين أنّ التسمية في النكاح لا تثبت إلّا قصداً ونصّاً.

وفي ابتداء البيع ههنا جعل أبو يوسف العمل بصحة الإيجاب أولى من العمل بصحة المواضعة والهزل؛ ترجيحاً للصحة على الفساد، فكذا المهر.

وقال فخر الإسلام البزدوي: قول أبي يوسف أصحّ؛ لأن فيه إهدار الهزل واعتبار الجد الذي هو أصل في الكلام.

وإما أن يهزلا في جنس المهر بأن يذكرا في العقد مائة دينار على أن يكون المهر في الحقيقة ألف درهم، فصار أيضاً على أربعة أوجه:

إما أن يتفقا على الأعراض عن الدرهم إلى الدينار.

أو يتفقا على البناء.

أو يتفقا على أنه لم يحضرهما شيء.

أو يختلفا.

ففي الأول: المهر هو الدينار المسمى بالاتفاق.

وفي الثاني: مهر المثل بالاتفاق أيضاً؛ لأنه حينئذ صار كالمتزوج بدون ذكر المهر [٣٦٦/ب]، وفي ذلك يجب مهر المثل، فكذا هذا، بخلاف البيع؛ فإنه لا يصح

وَلَا يجبُ شَيْءٌ بِلَا وطءٍ فِي عقدٍ فَاسدٍ وَإِن خلا بهَا؛ ....

بدون تسمية الثمن، فيجب فيه الإعراض عن المواضعة واعتبار التسمية.

وفي الثالث والرابع: فعلى رواية محمد عن أبي حنيفة: يجب مهر المثل بلا خلاف؛ لأن المهر تابع، فيجب العمل بالهزل لئلا يصير مقصوداً بالهزل، وإذا وجب العمل بالهزل.. بطلت التسمية، فيجب مهر المثل.

وعلى رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة: يجب المسمّى وتبطل المواضعة كما في البيع؛ لأن التسمية في الصحة مثل ابتداء البيع.

وعندهما: يجب مهر المثل كما في رواية محمد عنه، كذا في «التقرير»، وقد ذكرنا ما يتعلق بهذا في جواز الزيادة في المهر.

(**ولا يجب شيء**)؛ أي: من مهر المثل، والمسمّى، والمتعة، والعدة، والنفقة، (**بلا وطء في عقد فاسد**)، وهو كتزوج الأخت في عدة الأخت، أو الخامسة في عدة الرابعة، أو الأمة على الحرة، أو نكاح محارمه، أو نكاح أمته، أو سيدته، أو زوجة الغير على زغم أن لا زوج لها، أو بغير شهود، أو نكاح مجوسية أو وثنية على ما مر في المحرّمات.

(**وإن خلا بها**)؛ لأن وجوب المال في النكاح الفاسد:

ليس للعقد؛ لعدم صحته، حتى لا يجب به حرمة المصاهرة والعدة ما لم يدخل بها، وكان لكل من الزوجين فسخه قبل الدخول بغير محضر من الآخر؛ كما في البيع الفاسد قبل القبض.

ولا للخلوة أيضاً وإن صحيحة؛ لأن وجوب المهر بالخلوة في النكاح الصحيح إنما هو لقيامها مقام الوطء لتمكنه منه؛ لعدم المانع؛ بخلاف الخلوة في العقد الفاسد، حيث لا تقوم مقام الوطء؛ لوجود المانع منه وهو الحرمة، بل إنما يجب المهر فيه باستيفاء منافع البضع، أعني الوطء في القبل، حتى لا يجب شيء بالوطء في الدبر، والتفصيل على ما صرّح به في «الخلاصة».

فَإِن وطىء.. وَجبَ مهرُ الْمثلِ لَا يُزَادُ على الْمُسَمّى،

(.. فإن وطئ) أي في القبل (.. وجب مهر المثل) لحصول استيفاء المنفعة، وهل يتكرر مهر المثل بتكرر الوطء؟

ففي «البحر»: إنه متى حصل الوطء عقيب شبهة الملك مراراً.. لم يجب إلّا مهر واحد؛ لأن الوطء الثاني صادف ملكه؛ كما لو وطئ جارية ابنه، أو جارية مكاتبه، أو وطئ منكوحته ثم بان أنه حلف بطلاقها، ومتى حصل الوطء عقيب شبهة الاشتباه مراراً؛ فإنه يجب لكل وطء مهر على حدة؛ لأن كل وطء صادف ملك الغير كوطء الابن جارية أبيه أو أمه، أو جارية امرأته مراراً إلى آخر ما ذكره (لا يزاد على المسمى) عندنا.

وقال زفر: يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، اعتباراً بالبيع الفاسد، حيث يجب فيه القيمة إذا امتنع الرد بالغة ما بلغت.

ولنا: أن المستوفى من مال منافع البضع ليس بمال، فليس بمتقوم، وإنما يتقوم بالتسمية، وهي غير صحيحة.. فلا يصح التقوم بها، ولا بد من تقوم المستوفى شرعاً، فصرنا إلى ما هو قيمتها شرعاً وهو مهر المثل؛ فإن زادت هي على المسمى.. لم تجب الزيادة؛ لأنها أسقطت حقها في الزيادة برضاها، وإن زاد المسمى على مهر المثل.. لم تجب زيادته أيضاً؛ لعدم صحة التسمية [٣٦٧/أ]، بخلاف المبيع في البيع الفاسد؛ لأنه مال متقوم في نفسه، فيتقدّر بدله بقيمته.

قال في «العناية»: وهل هذا إلّا تناقض؟! لأنك أسقطت اعتبار التسمية إذا زادت على مهر المثل، ثم اعتبرتها إذا نقصت منه، وهي إن كانت فاسدة.. يجب شمول العدم، وإن كانت صحيحة.. يجب شمول الموجب.

وأجاب عنه: بأنها صحيحة من وجه دون وجه، صحيحة من حيث إن المسمّى مال متقوّم؛ لأن فرض المسألة فيه فاسدة من حيث إنها وجدت في عقد فاسد؛ فاعتبرنا فسادها إذا زادت، وصحتها إذا نقصت؛ لانضمام رضاها إليها.

قال في «الخلاصة»: التصرفات الفاسدة عشرة:

منها: النكاح الفاسد، والواجب فيه الأقل من المسمّى، ومن مهر المثل إن كان هناك تسمية، وإلّا.. فمهر المثل بالغاً ما بلغ، وهو مسألة الكتاب على ما مرّ آنفاً.

ومنها: البيع الفاسد وهو مضمون بالقيمة أو بالمثل إن كان مثلياً بعد الهلاك والاستهلاك، ولو كان قائماً.. فلكلّ واحد منهما حق النقض.

ومنها: الإجارة الفاسدة والواجب فيها الأقل من المسمّى ومن أجرة المثل إن كان هناك تسمية، وإلا.. يجب كمال أجرة المثل، والمستأجر أمانة في يد المستأجر.

ومنها: الرهن الفاسد، وهو رهن المشاع، وللراهن أن ينقضه كالبيع الفاسد، ولو هلك في يد المرتهن.. يهلك أمانة عند الكرخي.

ومنها: الصلح الفاسد، ولكل واحد منهما النقض.

ومنها: القرض الفاسد، وهو قرض الحيوان وما كان متفاوتاً، ومع هذا لو استقرض وباع.. صحّ البيع.

ومنها: الهبة الفاسدة؛ فهي مضمونة بالقيمة يوم القبض؛ لأنها لا تفيد الملك.

ومنها: المضاربة الفاسدة، والمال أمانة في يد المضارب.

ومنها: الكتابة الفاسدة، والواجب فيها الأكثر من المسّمى ومن القيمة.

ومنها: المزارعة الفاسدة، والخارج فيها لصاحب البذر؛ فإن كان البذر من قِبَلِ ربّ الأرض.. فعليه أجر مثل العامل، ويطيب له، وإن كان البذر من العامل.. فعليه أجر مثل الأرض، والخارج له.

وزاد عليها في «العمادي» و«الفصولين»: الشركة الفاسدة، والكفالة الفاسدة، وتفصيل أحكام هذه التصرفات الفاسدة في هذين الكتابين فارجع إليهما.

وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ، وابتداؤها مِن حِينِ التَّفْرِيقِ لَا من آخرِ الوطءات، هُوَ الصَّحِيحُ.
وَيثبتُ فِيهِ النَّسَبُ.

(**وعليها العدة**) أي بعد الوطء في القبل؛ لأن العقد الفاسد يلحق الصحيح في موضع الاحتياط تحرزاً عن اشتباه النسب؛ بخلافه قبل الوطء؛ لعدم خوف اشتباه النسب، فلا يلحق بالعقد الصحيح في لزوم العدة.

(**وابتداؤها**) أي ابتداء العدة في النكاح الفاسد (**من حين التفريق**) - كالطلاق في النكاح الصحيح - (**لا من آخر الوطءات**) على ما اختاره زفر وأبو القاسم الصغار، حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطءات قبل التفريق فقد انقضت عدتها عندهما، **هو الصحيح**؛ لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح من حيث وجود ركنه من الإيجاب والقبول، وشبهة النكاح ترتفع بالتفريق، أو بمتاركة الزوج بأن يقول: تاركتك، أو تاركتها [٣٦٧/ب]، أو خلّيت سبيلها.

وفي كلامه إشارة إلى أنه لا بدّ من مفرّق في رفع هذا النكاح، ولكنه ليس بلازم، بل لكل واحد من الزّوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ؛ قبل الدخول وبعده.

وقال بعض مشايخنا: إن دخل بها.. ليس لواحد منهما حق الفسخ إلا بمحضر من صاحبه؛ كما في البيع الفاسد.

(**ويثبت فيه**)؛ أي: في المولود في النكاح الفاسد (**النسب**)؛ لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد، فيترتب على الثابت من وجه، ومن هنا: أفتى مشايخ الإسلام فيمن تزوج امرأة غاب عنها زوجها، فولدت من الثاني، ثم جاء الأول وفرقت المرأة من الثاني.. بأن الولد للثاني مع فساد نكاحه، وهو اختيار الصدر الشهيد، واختار بعض مشايخنا أن الولد من الأول.

والمسألة مذكورة في الفصل الثالث عشر من نكاح «الخلاصة»؛ حيث قال: رجل غاب عن امرأته وهي بكر عشر سنين، فتزوجت بآخر، وكانت المرأة تلد كل

ومدَّتُهُ مِن حِينِ الدُّخُولِ عِنْدَ محمَّدٍ، وَبِه يُفْتى.

سنة ولداً، فالأولاد للزوج الأول عند أبي حنيفة، ويجوز للأب الثاني دفع الزكاة إلى هؤلاء الأولاد، ويجوز شهادتهم له.

ولو ولد ولد منه على وجه الزنا.. لا يجوز ذلك.

وروى الجرجاني عن أبي حنيفة: أن الأولاد للثاني، والفتوى على القول الأول.

قال المصنف: هذا اختيار ظهير الدين المرغيناني، والصدر الشهيد اختار قول الجرجاني، وهو قول ابن أبي ليلى.

وكان أبو يوسف يقول: إن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها.. فالولد للزوج الأوّل، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً.. فالولد للزوج الثاني.

وقال محمد: إن جاءت بالولد لأقل من سنتين منذ دخل بها [الزوج الثاني].. فالولد للأول، وإن جاءت به لأكثر من سنتين منذ دخل بها [الزوج الثاني].. فالولد للثاني.

ولو ادعت الطلاق فاعتدت وتزوّجت والزوج الأول جاحد.. على هذا الخلاف.

وفي «المنتقى»: لو كان الزوج الأول حاضراً والمسألة بحالها.. فالولد للزوج الأول في هذه المواضع. انتهى ما في «الخلاصة».

وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً.

وقال في «قاضي خان»: إن أبا حنيفة رجع عن قوله الأول وقال: الولد للثاني. وعليه الفتوى، ولهذا اختار مشايخ الإسلام هذا القول، وأفتوا بأنّ الولد للثاني، وبه أفتيت.

(ومدته) أي مدة النسب.. فهي ستة أشهر (من حين الدخول عند محمد، وبه يفتى) على ما في «الهداية» و«التّبيين».

وقالا: من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح؛ لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح.

ووجه محمد: أن النكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء لحرمته حتى لا تثبت به حرمة المصاهرة بدون الوطء، أو اللمس بشهوة، أو التقبيل، وإقامة النكاح مقام الوطء باعتبار أنه داع إليه.

وذكر في «الغاية»: أن الأحوط أن يعتبر مدة النسب من وقت التفريق اعتباراً له بمدة العدة.

وقال في «الزيلعي»: وهذا وهم لا تحقق له؛ لأنهم إنما اعتبروه من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد؛ إقامة [٣٦٨/أ] للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء، حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد؛ ولأقل منها من وقت الوطء.. يثبت نسبه كما في «الصحيح».

ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق.

ألا ترى أنها لو جاءت بولد لأكثر من سنتين من وقت النكاح، ولم يفارقها، بل هي معه.. يثبت نسبه، ولو كان الاعتبار لوقت العقد لا غير.. لما ثبت.

وكذا لو فارقها بعد عشر سنين.. لا يمكن اعتبارها من وقت العقد.

ولو خلا بها ثم جاءت بولد.. يثبت نسبه ويجب المهر والعدة في رواية عن أبي يوسف، وعنه: لا يثبت، ولا يجب المهر، ولا العدة وهو قول زفر.

وإن لم يَخْلُ بها.. لا يلزمه الولد. انتهى.

والحاصل: أنه يعتبر من وقت التفريق إذا وقعت فرقة، وأما إذا لم تقع.. فمن وقت النكاح أو الدخول على الخلاف.

وَمهرُ مثلِهَا يُعْتَبَرُ بِقومِ أَبِيهَا إِن تَسَاويا سِنًّا، وجمالاً، ومالاً، وعقلاً، وديناً، وبلداً، وعصراً، وبكارةً، وثيابةً.

فَإِن لم يُوجد مِنْهُم.. فَمنَ الأَجانِب،............................

وذكر في «الأصل»: أنه معتبر من وقت النكاح لا من وقت الدخول، ولم يحك فيه خلافاً؛ حيث قال: إذا تزوجت الأمة بغير إذن مولاها، ودخل بها الزوج، وولدت لستة أشهر منذ تزوجها، فادعاه المولى والزوج.. فهو من الزوج. انتهى.

قال الحلواني: هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد، خلافاً لما يقوله البعض أنه لا ينعقد إلا بالدخول.

وذكر شيخ الإسلام: أن الفراش لا ينعقد في النكاح الفاسد إلا بالدخول. وتأويل هذه المسألة: أن الدخول كان عقيب النكاح بلا مهل، فحينئذٍ تستوي المدتان.

(**ومهر مثلها يعتبر بقوم أبيها**) من الأخوات لأب وأم، أو لأب، والعمات، وبنات الأعمام؛ لقول ابن مسعود: لها مهر مثل نسائها، وهن أقارب الأب، ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه لا من جنس قوم أمّه، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه، والأخوات لأم ليس من قوم أبيها، بل من قوم أمها، فلا يعتبر مهر مثلها بمهرها.

(**إن تساويا سناً**) - أي: في زمان التزوج على ما في «العناية» - (**وجمالاً ومالاً وعقلاً وديناً وبلداً وعصراً وبكارة وثيابة**)؛ لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف.

وكذا يعتبر التساوي في العلم والأدب وكمال الخلق، وأن لا يكون لها ولد لما ذكرناه.

وفي «الخلاصة»: ومنهم من قال: لا يعتبر الجمال في الحسيبة.

(**فإن لم يوجد منهم**) أي من قوم أبيها من هي مثل حالها في تلك الأوصاف (.. **فمن الأجانب**) من قبيلة هي مثل قبيلة أبيها.

وإِن لم يُوجد جَمِيعُ ذَلِك.. فِمَا يُوجدُ مِنْهُ.
وَلَا يُعْتَبرُ بأُمِّها أو خالتِها إِن لم تَكُونَا من قومِ أَبِيهَا.
وصَحَّ ضَمَانُ وَليِّهَا مهرَهَا.

وعن أبي حنيفة: إنها لا تعتبر بالأجنبيات.

(**وإن لم يوجد جميع ذلك**) الأوصاف في امرأة من قوم أبيها، ولا من الأجانب (**.. فما يوجد منه**)؛ أي: فالمعتبر ما يوجد من تلك الأوصاف؛ لأن اجتماع تلك الأوصاف في امرأتين متعذر أو متعسر.

وفي «الخلاصة»: يشترط أن يكون المخبر بمهر المثل: رجلين، أو رجلاً وامرأتين، ويشترط لفظ الشهادة؛ فإن لم يوجد على ذلك شهود عدول.. فالقول قول الزوج مع يمينه.

ثم مهر المثل إنما يجب في [٣٦٨/ب] مواضع منها: إذا تزوج امرأة على دار، أو ثوب، أو دابة، أو على ما يثمر نخيله العام، أو على تعليم القرآن، أو خدمتها، أو بخراج أرضه، أو بكسب غلامه، أو ما في بطون غنمه، أو جاريته، أو طلاق الضرة، أو العفو عن القصاص، أو تزوجها على دراهم ولم يسمّ كم هي، أو على حكمها، أو حكمه، أو حكم أجنبي، ففي هذه الوجوه.. يجب مهر المثل.

(**ولا يعتبر بأمّها أو خالتها إن لم تكونا من قوم أبيها**) بأن يكون أبوها تزوج بنت عمّه؛ فإن أمّها وخالتها تكون من قبيلتها، والوجه فيه: ما ذكرناه.

(**وصح ضمان وليها**) بنفسه أو برسوله - على ما في «شرح النقاية» - (**مهرها**).

قال في «الزيلعي»: ويتناول ولي الصغيرة والكبيرة، بأن زوج ابنته الصغيرة أو الكبيرة وهي بكر أو مجنونة رجلاً، وضمن عنه مهرها.. صح ضمانه؛ لأنه سفير ومعبر فيه، وليس بمباشر، وهو من أهل الالتزام، وقد أضاف الضمان إلى ما يقبله، أعني المهر؛ لأنه دين، والدين مما يصح فيه الكفالة والضمان.

وتطالبُ مَن شَاءَت مِنْهُ وَمنَ الزَّوْجِ.

وَيرجعُ الْوَلِيُّ على الزَّوْجِ إِذا أَدَّى؛ إِن ضمنَ بأَمْرِهِ، وَإِلَّا.. فَلَا.

ولا يخفى عليك أن هذا مقيد بكون الضمان في الصحة؛ أما في مرض الموت.. فلا يصح؛ لأنه تبرع لوارثه في مرض موته ، وكذلك كل دين ضمنه عن وارثه أو لوارثه.

وأما إذا لم يكن وارثاً له.. فالضمان في مرضه من الثلث، كذا في «البحر».

(وتطالب) المرأة (من شاءت: منه)؛ أي: من الولي؛ لكونه ضامناً، (ومن الزوج)؛ لكونه مالكاً، إن كانت أهلاً للمطالبة بأن كانت عاقلة وبالغة، وكذا الزوج لا بد أن يكون عاقلاً بالغاً؛ لأنه إذا لم يكن عاقلاً بالغاً.. فإنّما لها مطالبة أبيه؛ ضمن أو لم يضمن، كذا في «فتح القدير» نقلاً عن «شرح الطحاوي».

(**ويرجع الولي على الزوج إذا أدّى إن ضمن بأمره، وإلّا.. فلا**)؛ اعتباراً له بسائر الكفالات، بخلاف ما إذا باع مال ولده الصغير أو الصغيرة وضمن الثمن عن المشتري، حيث لا يجوز؛ لأنه أصيل فيه، حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه، ويصح إبراؤه المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد، لكنه يضمنه للولد لتعدّيه بالإبراء، ويملك قبض الثمن بعد بلوغه، فلو صح الضمان.. لصار ضامناً لنفسه.

وذلك لا يجوز، بخلاف النكاح؛ لأنه سفير محض فيه، فلا يلزمه أن يكون ضامناً لنفسه.

فإن قيل: إن الأب يملك قبض مهر الصغيرة فصار كالبيع.

أجيب عنه: بأنه إنما ملكه بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد، ولهذا لا يملكه بعد بلوغها إلا برضاها، ويطالب زوجها أو وليّها.

هذا، ولو زوج ولي الصغير ابنه الصغير امرأة، وضمن عنه مهرها.. صح ضمانه؛ كما صح ضمان ولي الصغيرة؛ لما مر أن الولي سفير ومعبر، وليس بمباشر، بخلاف

وللمرأَةِ منعُ نَفسها مِنَ الوطءِ وَالسّفرِ حَتَّى يوفيها قدرَ مَا بُيِّنَ تَعْجِيلُهُ مِن مهرِهَا كُلّاً أَو بَعْضاً.

وَلها السّفرُ وَالْخُرُوجُ مِنَ الْمنزلِ أَيْضاً.

وَلها النَّفَقَةُ لَو مَنَعَتْ نفسها لذَلِكَ، وَهَذَا قبلَ الدُّخُولِ، وَكَذَا بعدَهُ، خلافاً لَهما

ما لو اشترى له شيئاً، ثم ضمن عنه الثمن للبائع.. حيث لا يجوز؛ لأنه أصيل فيه، فيلزمه الثمن؛ ضمن أو لم يضمن.

ثم للمرأة أن تطالب الولي بالمهر؛ فإذا أدّى الولي من مال نفسه.. فله أن يرجع في مال الصغير إن أشهد أنه يؤديه ليرجع عليه، وإن لم يُشهِد.. فهو متطوع، فلا يكون له الرجوع في ماله، وليس لها أن تطالب الزوج قبل البلوغ؛ فإذا بلغت.. تطالب [٣٦٩/أ] أيّهما شاءت، كذا في «الزيلعي».

وذكر في «الخلاصة»: إن هذا إذا لم يكن للصّبي دين على الأب، وأما إذا كان عليه دين فأدّى مهره ولم يُشهِد، ثم قال بعد ذلك: إنما أدّيت مهره عن دينه الّذي عليّ.. صُدّق، ولو كان الابن كبيراً.. يكون تبرّعاً؛ لأنه لا يملك الأداء بغير أمره. انتهى.

(**وللمرأة منع نفسها من الوطء والسفر حتى يوفيها قدر ما بُيِّنَ تعجيلُه من مهرها كلّا أو بعضاً**) أي: سواء كان ما بين تعجيله كل المهر أو بعضه.

(**ولها السفر والخروج من المنزل**)؛ أي: منزل الزوج إلى قضاء حاجتها وزيارة أهلها بلا إذن الزوج (**أيضاً**)؛ أي: كما أنّ لها منع نفسها من الوطء والسفر.

وفي الفصل الخامس من نكاح «الخلاصة»: أراد أبو المرأة البالغة أن يتحول إلى بلدة أخرى ويذهب ببنته، ليس للزوج أن يمنعه إذا لم يعط المعجل، وإن أعطى.. له ذلك.

(**ولها النفقة**)؛ أي: على زوجها (**لو منعت نفسها لذلك**) أي لاستيفاء المعجل من المهر، (**وهذا قبل الدخول، وكذا بعده**) عند أبي حنيفة، (**خلافا لهما**) قالا: ليس

فِيمَا لَو كَانَ الدُّخُولُ بِرِضَاهَا غيرَ صبيَّةٍ وَلَا مَجْنُونَةٍ.

لها منع نفسها بعد الدخول، (**فيما لو كان الدخول برضاها غير صبية، ولا مجنونة**)؛ أما إذا كانت مكرهة أو صبيّة أو مجنونة، فلا يسقط حقّها في المنع بالاتفاق.

قال في «الخلاصة»: صغيرة زوجت، فذهبت إلى بيت زوجها بدون أخذ المهر.. كان لمن هو أحق بإمساكها قبل التزويج أن يمنعها حتى يأخذ من له حق الأخذ جميع المهر.

والعم وغير الأب والجد إذا زوّج الصغيرة وسلّمها إلى الزوج قبل قبض جميع الصّداق.. فالتسليم فاسد، وترد إلى بيتها، والأب إذا سلم البنت إليه قبل القبض.. له أن يمنعها.

بخلاف ما لو باع مال الصغير وسلّم قبل قبض الثمن.. فإنه لا يسترد.

وفي الصغيرة: لأبيها أن يطالب زوجها بالمهر وإن لم يمكنه الانتفاع بها؛ لأن المهر إنما يجب بالخلوة لا بالاستمتاع؛ أما النفقة إن كانت محل الاستمتاع بها.. يجب، وإلا.. فلا.

ثم قال في الفصل الثاني عشر عزواً إلى «الفتاوى»: رجل تزوج امرأة على مهر معلوم، فأرادت أن تمنع نفسها حتى تستوفي جميع المهر.. ليس لها ذلك في عرفنا، وإنما هو في عرفهم، ولكنا ننظر إلى المسمّى وإلى المرأة: أنَّ مثل هذه المرأة ومثل هذا المسمى كم يكون منه معجّل وكم يكون منه مؤجّل في العرف، فيقضى بالعرف، ويؤمر بطلب ذلك القدر من المعجّل، كذا اختاره الفقيه أبو الليث، وعليه الفتوى.

ولو شرط تعجيل الكل في العقد.. يعجّل الكل، ولو جعل الكل مؤجلاً.. ذكر شيخ الإسلام نجم الدين النسفي في «فتاواه»: أنه لا يصح، قال: تأويله إذا جعله مؤجلاً إلى وقت الطلاق وإلى وقت الموت، وبعضهم قالوا: يصح، وهو الصحيح؛ كما في تأجيل البعض، هذا كلامه، كذا في «البزازية».

وفهم منه: أن ليس للمرأة أن تطالب زوجها بالمؤجل ما دام في نكاحه.

وصرّح به في «الخانية» قال: رجل تزوج امرأة بألف درهم على أن كلّ الألف مؤجّل؛ إن كان الأجل معلوماً.. صح التأجيل. وإن لم يكن معلوماً.. لا يصح، وإذا لم يصحّ [٣٦٩/ب].. يؤمر الزوج بتعجيل قدر ما تعارفه أهل البلدة، ويؤخذ منه الباقي بعد الطّلاق أو بعد الموت، ولا يجبر القاضي على تسليم الباقي، ولا يحبسه.

والجملة ههنا: إنه إذا تزوج امرأة على مهر؛ فإما أن يكون المهر كله معجّلاً، أو مؤجّلاً، أو بعضه معجّلاً وبعضه مؤجّلا:

فإن كان الكل معجّلاً؛ فإمّا إن دخل بها، أو لم يدخل:

فإن لم يدخل.. فلها منع نفسها حتى تأخذ المهر كله، ومنعه عن إخراجها ليتعيّن حقّها في البدل وهو المهر؛ كما تعيّن حقّه في المبدل وهو البضع كالبيع؛ فإن للبائع أن يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن، وليس للزوج منعها من السفر والخروج إلى أهلها حتى يوفيها المهر كله؛ لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق، وليس حق الاستيفاء قبل الإيفاء.

وإن دخل بها.. فكذلك الجواب عند أبي حنيفة.

وقالا: ليس لها المنع إذا كان الدّخول برضاها، ولا صبية ولا مجنونة، وإلا.. فلها المنع بالاتفاق، ولها استحقاق النفقة مدة المنع عنده؛ لأنه منع لحق، ولا يستحقها عندها؛ لأنها ناشزة.

لهما: أنّ المعقود عليه كله قد صار مسلّماً إليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة، ولهذا يتأكدها جميع المهر؛ كالبائع إذا سلّم المبيع، فليس له حق الحبس بعده.

ولأبي حنيفة: أنها منعت منه ما قابل البدل؛ لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم، فلا يتحقق تسليم كله، والتأكد بالواحدة من الوطءات لجهالة ما وراءها.. فلا يصلح مزاحماً للمعلوم ما لم يوجد؛ فإذا وجد.. صار معلوماً وتحققت المزاحمة، وصار المهر مقابلاً بالكلّ؛ كالمدبّر إذا جنى جناية.. يدفع المولى قيمته

وَإِن لم يُبيَّن قدرَ الْمُعَجَّلِ.. فقدرُ مَا يُعَجَّلُ مِن مثلِهِ عُرفاً، غيرَ مُقَدّرٍ بِربعٍ وَنَحْوِهِ.

وَلَيْسَ لَهَا ذَلِك لَو أُجِّلَ كُلُّهُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

لولي الجناية، ثم إذا جنى الأخرى.. يتبع وليّ الجناية الثانية وليّ الجناية الأولى؛ لتحقق المزاحمة.

وإن كان الكل مؤجلاً: فسيأتي ذكره على الخلاف الواقع بينهم.

وإن كان بعضه معجلاً وبعضه مؤجّلاً.. كان لها منع نفسها والخروج إلى أهلها قبل أداء المعجّل على ما مر من التفصيل؛ فإذا أدّى.. لم يكن لها ذلك إلّا بإذنه، هذا إذا بين قدر المعجّل.

(**وإن لم يبيّن قدر المعجّل.. فقدر ما يعجّل من مثله عرفاً**)؛ أي: ينظر إلى المرأة وإلى المهر المسمّى، أن مثل هذه المرأة ومثل هذا المسمّى كم يكون منه معجل؟! وكم يكون منه مؤجّل؟! على ما ذكرناه آنفاً.

(**غير مقدر بربع ونحوه**)؛ لأن العمل بما ثبت عرفاً.. كالعمل بما ثبت شرطاً، ولا عرف في التقدير بالربع ونحوه.

قال في «الخلاصة»: لو أجل أجلاً مجهولاً .. يطالبه بنصف المهر في عرف سمرقند.

وجوابنا: العمل بالعرف على الوجه الذي ذكرناه.

(**وليس لها ذلك**)؛ أي: المنع والخروج، دخل بها أو لم يدخل، (**لو أجل كلّه**) وقد ذكرنا أن تأجيل كل المهر جائز أو لا، والصحيح: أنه جائز، وهذا عندهما، (**خلافاً لأبي يوسف**) قال: لها منع نفسها، وعليه الفتوى على ما في «الولوالجي» و«البحر»، وهذا لأن النكاح يوجب عند الإطلاق تسليم المهر أولاً، عيناً أو ديناً، فحين قبل الزوج الأجل مع علمه بموجب العقد.. فقد رضي بتأخير حقّه إلى أن يوفي المهر بعد حلول الأجل، بخلاف البيع؛ لأن [٣٧٠/أ] تسليم الثمن أوّلاً ليس من

وَإِذا أَوفاها ذَلِكَ.. فَلهُ نَقْلُهَا حَيْثُ شَاءَ مَا دونَ السَّفرِ.

وَقيلَ: لَهُ السَّفرُ بهَا فِي ظَاهرِ الرِّوَايَةِ، وَالْفَتْوَى على الأَوَّلِ.

موجبات البيع لا محالة، فلم يكن المشتري راضياً بتأخير حقّه في المبيع إلى أن يوفي الثمن.

ولهما: أنها أسقطت حقّها بالتأجيل.

(وإذا أوفاها ذلك)؛ أي: ما قدر تعجيله (.. **فله**) - أي: للزّوج - **(نقلها حيث شاء ما دون السّفر)** وهل للمرأة أن تطالبه بالمسكن بعد إيفاء المعجّل؟ فسيأتي بيانه في آخر باب النفقة.

(وقيل: له السفر بها في ظاهر الرّواية).

قال في «الزيلعي»: وإذا أوفاها مهرها وكان كلّه مؤجّلاً.. ينقلها حيث شاء؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾، وكذلك إذا دخل بها برضاها عندهما؛ لسقوط حق الحبس.

وعند أبي حنيفة: ليس له ذلك لبقائه. انتهى.

وهذا ميل منه إلى القول الثاني، حيث لم يقيد بما دون السّفر.

(والفتوى على الأوّل)؛ لأن قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ﴾ الآية، مخصوص بدليل مستقلّ مقارن وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ﴾؛ وفي مقدار السّفر تتضرّر بالسفرية، وفيما دون السّفر لا تتضرر؛ لعدم تحقّق الغربة فيه.

قال في «القنية» بعلامة شرف الدين المكي: تزوج في البلد، ثم أخرجها إلى الرستاق فأبت ذلك.. فلها ذلك إذا حبست نفسها بالصّداق، وإلّا.. فلا.

ثم قال بعلامة ركن الدين الصباغي والبدر الظاهر: بلديةٌ في البلد فولدت منه، ثم أراد إخراجها إلى الرستاق.. فلها الإباء، ولو أخرجها ثم أبت.. فلها ذلك.

ثم قال بعلامة نجم الأئمة: له أن يخرجها إلى الرستاق إن كان الرستاق قريباً، فقيل له: ما القريب؟ قال: ما دون السفر.

قال: وهو الصّواب، وتأويل ما قال شرف الدين وركن الدين والبدر الظاهر ما كانت المسافة سفراً؛ فإن أبا القاسم الصغار هو الذي يختار قول أبي حنيفة في منع نفسها عن السفر بها لأجل المهر، ومع هذا قال: للزوج أن يخرجها إلى ما دون السفر، وإن لم يوف مهرها بعد، فعرف بهذا: أن للزوج أن يخرجها من البلد إلى القرية إذا لم تكن المسافة سفراً باتفاق من أبي حنيفة وصاحبيه، وإن لم يوف مهرها. انتهى.

وقال قاضي خان: إذا أراد الرجل أن ينقل المرأة من بلد إلى بلد بغير إذنها؛ إن كان ذلك قبل إيفاء المهر.. لا يملك، وبعد إيفائه.. يملك في ظاهر الرواية.

وقال أبو القاسم الصغار: لا يملك نقلها من بلد إلى بلد، وإن أوفى مهرها، وبه أخذ الفقيه أبو الليث؛ لأن الزمان قد فسد، فيخاف عليها من الضرر في القرية ما لا يخاف عليها مع عشيرتها، وله أن يخرجها من المصر إلى القرية، ومن القرية إلى المصر، ومن القرية إلى القرية؛ لأن النقل بما دون السفر لا يعد غربة. انتهى.

ولا يخفى عليك: أنّ ما نقله عن أبي القاسم من عدم تملك نقلها إلى مدة السفر بعد إيفاء مهرها مخالف لما فهم من ظاهر ما نقلنا من «القنية»؛ فإن المفهوم من قوله: «إن أبا القاسم يختار قول أبي حنيفة في منع نفسها عن السفر لأجل المهر» عدم تملك المنع عن السّفر بعد إيفاء المهر، وإطلاق «الزيلعي» يؤيد ما في «قاضي خان»؛ حيث قال: وكان أبو القاسم يفتي بقول أبي حنيفة في المنع عن السفر، وبعض [٣٧٠/ب] المشايخ أفتى بقول أبي القاسم الصّغار على ما في «شرح المجمع».

وفيه أيضاً: وقيل: إنه إذا أوفى المعجّل والمؤجل من المهر، وهو مأمون عليها.. سافر بها حيث شاء، وإن لم يكن أوفاها المهرين، أو لم يكن مأموناً عليها.. لا يسافر بها، وهذا القول أقرب إلى التحقيق، وبه يفتى. انتهى.

وَإِنِ اخْتلفَا فِي قدرِ الْمهْرِ.. فَالْقَوْلُ لَهَا إِن كَانَ مهرُ مثلِهَا كَمَا قَالَت أَو أَكثرَ.
وَلهُ إِن كَانَ كَمَا قَالَ أَو أقلَّ.

وفي «التاتارخانية»: إن أقرت المرأة بدين لأبيها، أو لأمّها، أو لأجنبي.. فللمقرّ له أن يمنعها من الخروج من بلدها. انتهى.

(**وإن اختلفا في قدر المهر**) هذه المسألة على وجوه:

إما أن يكون الاختلاف في حياتهما.

أو بعد مماتهما بين الورثة.

أو بعد موت أحدهما.

والأول: إما أن يكون قبل الطلاق، دخل بها أو لا، أو بعد الطلاق دخل بها أو لا وكل ذلك على وجهين: إما أن يكون الاختلاف في مقدار المسمّى، أو في أصل التسمية، وسيأتي بيان كل ذلك.

فإن اختلفا حال حياتهما قبل الطلاق، دخل بها أو لم يدخل، أو بعد الطّلاق بعد الدخول (.. **فالقول لها**) مع يمينها في إنكار الحط (**إن كان مهر مثلها كما قالت أو أكثر**)؛ فإن حلفت.. فلها جميع ما ادعت، بقدر ما أقر به الزوج على أنه مسمّى؛ لاتفاقهما عليه، والزائد بحكم أنه مهر المثل لا باليمين، حتى يخير فيه الزوج بين الدّراهم والدنانير لأن يمينها لدفع الحط الذي يدّعيه الزوج لا لإثبات الزيادة.

وإن تكلمت.. فلها ما أقرّ به الزوج على أنه مسمى لا إقرارها به.

(**وله**) أي للزوج مع يمينه في إنكار الزيادة، وهل يلزم اليمين في كل موضع يكون القول فيه قول إنسان أو لا يلزمه؟

ففي باب الاستحلاف من كتاب أدب القاضي من «القنية» أنّ كثيراً من المواضع يكون القول فيها قول إنسان بدون اليمين، ثم ذكر مسائل كثيرة وسنذكرها في باب الاستحلاف إن شاء الله تعالى.

(**إن كان**) مهر المثل (**كما قال أو أقل**)؛ فإن حلف.. لزمه ما أقر به تسمية، وإن

وَإِن كَانَ بَينهمَا.. تحَالفَا وَلزِمَ مهرُ الْمِثلِ.

وَفِي الطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ: القَوْلُ لَهَا إِن كَانَت مُتْعَةُ الْمِثلِ كَنِصْفِ مَا قَالَت أَو أَكثرَ.

وَله إِن كَانَت كَنِصْفِ مَا قَالَ أَو أقلَّ.

نكل.. لزمه ما تدعيه المرأة على أنه مسمّى؛ لإقراره أو بذله بالنكول.

والحاصل: أن مهر المثل يحكّم بينهما، ثم يحلفان، فمن شهد له مهر المثل.. فالقول له مع يمينه.

وإن لم يشهد له مهر المثل لواحد منهما.. فإليه أشار بقوله: (وإن كان) مهر المثل (بينهما) بأن كان أكثر مما ادّعاه الزوج، وأقل مما ادّعته المرأة؛ فإن لم يكن لهما بَيِّنَة (.. تحالفا ولزم مهر المثل) إن حلفا، فقدر ما أقر به الزوج يجب على أنه مسمّى؛ لاتفاقهما عليه، والزائد بحكم مهر المثل، حتى يخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير، وأيّهما نكل.. لزمه دعوى صاحبه؛ لأنه إقرار أو بذل بالنكول، كذا في «الزيلعي».

وقال في «النهاية»: إن نكلت المرأة.. وجب لها ما يدعيه الزوج، وإن نكل الزوج.. يقضى بما بينهما من مهر المثل، لا بما تدعيه المرأة؛ مثلاً: لو ادعت المرأة ألفين والزوج ألفاً، ومهر المثل ألف وخمسمائة؛ فإن نكل الزوج يقضى.. بألف وخمسمائة؛ كما لو أقرّ بذلك صريحاً، وقال بعض المتأخرين؛ وهذا غلط ترجيحاً لما في «الزيلعي».

(وفي الطلاق) [٢٧١/أ] أي: إن اختلفا في قدر المهر بعد الطّلاق (قبل الدّخول: القول لها) مع يمينها (إن كانت متعة المثل كنصف ما قالت أو أكثر، وله)؛ أي: للزوج مع يمينه (إن كانت كنصف ما قال أو أقل) يعني تحكّم متعة مثلها بينهما؛ فإن وافقت نصف ما قالت أو أكثر.. فالقول لها، وإن وافقت نصف ما قال أو أقلّ.. فالقول له.

وَإِن كَانَت بَينهمَا.. تحَالفا ولَزِمتِ الْمُتْعَةُ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: القَوْلُ لَهُ قبلَ الدُّخُولِ وَبعدَهُ، إِلَّا أَن يُذكَرَ مَا لَا يُتَعَارَفُ مهْراً لَهَا.

(وإن كانت) متعة المثل (بينهما.. تحالفا ولزمت المتعة) إن حلفا، وإلا؛ فأيّهما نكل.. لزمه دعوى صاحبه.

واعلم: أن جعل المتعة ههنا حكماً هو وضع «الجامع الكبير»، وذكر في «الجامع الصغير» والمبسوط: أن القول قول الزوج في نصف المهر، ووفق المشايخ بينهما: أنه وضع المسألة في الألف والألفين، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة، فلا يفيد بحكمها ووضعها في «الجامع الكبير» في العشرة والمائة، ومتعة المثل عشرون فيفيد التحكيم، والمذكور في «الجامع الصغير» ساكت عن ذكر المقدار، فيحمل على ما هو المذكور في «المبسوط».

ثم هذا - أي: أنه يجعل مهر المثل حكماً، ثم يتحالفان، وكذا في متعة مثلها - تخريج الرازي.

وقال الكرخي: يتحالفان أولاً في الفصول الثلاثة، أعني كون مهر مثلها شاهداً له، أو لها، أو ما بينهما، وكذا في المتعة، ثم يحكم مهر المثل، واختاره في «المبسوط»؛ لأن ظهور مهر المثل عند عدم التسمية، وذلك بعد التحالف؛ فإن ما يدّعيه كل واحد منهما من المسمّى ينتفي بيمين صاحبه، فيبقى العقد بلا تسمية، فيصار إلى مهر المثل لخلوّ العقد عن التسمية، وقبل ذلك لم يوجد ما ينفي التسمية، فلا يعتبر مهر المثل.

ووجه تخريج الرازي: أنه إنما يصار إلى التحالف إذا لم يكن ترجيح قول أحدهما بشهادة الظاهر؛ فإذا أمكن بشهادة مهر المثل.. فلا يصار إلى التحالف واختاره «قاضي خان» وشراح «الجامع الصغير»، وهذا كله قول الإمامين.

(وعند أبي يوسف)، وقال «قاضي خان» وهو الأصح -: (القول له) مع يمينه، ولم يجعل مهر المثل حكماً (قبل الدخول وبعده، إلا أن يذكر ما لا يتعارف مهراً لها)، وهذا

وَأَيُّهمَا بَرهَنَ.. قُبِلَ.

وَإِن برهنا.. فبيِّنَتُهُ أَولى حَيْثُ يَكُونَ القَوْلُ لَهَا، وبيِّنَتُها أولى حَيْثُ يكونُ القَوْلُ لَهُ.

لأن المرأة تدعي الزيادة عليه، وهو ينكرها، والقول للمنكر مع يمينه، ولأن الأصل: براءة الذمة، إلا أن يكذبه الظاهر بأن يذكر ما لا يتعارف مهراً لها، أو يذكر أقلّ من عشرة دراهم، ولأن تقوم منافع البضع ضروري، فمتى أمكن إيجاب شيء.. لا يصار إلى مهر المثل.

ولهما: أن القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر، والظاهر يشهد لمن شهد له مهر المثل؛ إذ هو الموجب الأصلي في باب النكاح؛ فصار كالصّباغ مع صاحب الثوب، إذا اختلفا في مقدار الأجر.. يحكم بقيمة الصبغ.

وكما لو زوج رجل ابنته وجهزها فماتت، فقال الأب: إن ما دفعت إليها من الجهاز أمانة أو عارية عندها، وقال الزوج: إنما دفعتها بطريق التمليك.. فالقول قول الزوج؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن في الظاهر أن الأب إنما جهز ابنته عند التزويج بطريق التمليك، إلا أن يقيم الأب البينة على ما ادعاه، فيحكم له.

وفي «قاضي خان»: ينبغي أن يكون [٢٧١/ب] الجواب في مسألة الجهاز على التفصيل: **إن كان الأب من الكرام والأشراف**.. لا يقبل قول الأب؛ لأن مثله يأنف عن الإعارة والأمانة في تجهيز ابنته.

وإن كان من أوساط النّاس.. يكون القول قول الأب؛ لأنه هو الدافع، وليس بمكذب فيما قال من حيث الظّاهر.

(**وأيّهما**) - أي: من الزوج والزوجة - (**برهن**) على مدّعاه من الحط والزيادة (.. **قبل**) برهانه؛ لأنه نوّر دعواه بالبرهان في الوجوه كلّها، أي: فيما شهد مهر المثل له أو لهما.

(**وإن برهنا.. فبيّنته أولى حيث يكون القول لها**)؛ أي: للمرأة، (**وبينتها أولى حيث يكون القول له**)؛ أي: للزوج، والأصل ههنا: أن البيّنات شرعت لإثبات ما ليس

وَإِنِ اخْتلفَا فِي أَصلِهِ.. وَجبَ مهرُ الْمثلِ.

بثابت، ومن شهد له الظاهر.. كانت بينته مثبتة لما ثبت بحكم الأصل، وهذا خلاف وضع البينات، هذا فيما إذا شهد مهر المثل لأحدهما.

وأما إذا كان بينهما فأقاما البيّنة.. فالصحيح: أنّهما تهاترتا؛ لاستوائهما في الدعوى والإثبات؛ لأن الظاهر لم يشهد لواحد منهما حتى تكون بينة خلافه أولى، فيجب مهر المثل كلّه، فيخير الزوج بين دفع الدّراهم والدنانير؛ لأن بيّنة كلّ منهما بينة صاحبه، فخلا العقد عن التسمية، فيجب مهر المثل.

بخلاف التحالف على ما مر، حيث وجب فيه قدر ما يقر الزوج بحكم الاتفاق على التسمية، فلا خيار فيه، والزائد بحكم مهر المثل، فيثبت فيه الخيار، كذا في «الزيلعي».

وقيل: يجب قدر ما اتفقا عليه في صورة إقامة البيّنتين على أنه مسمّى، فلا خيار، والزائد على أنه مهر المثل فيخير فيه الزوج كما في صورة التحالف.

(**وإن اختلفا في أصله**)؛ أي: أصل المسمّى، بأن ادّعاه أحدهما وأنكره الآخر؛ فإن أقام المدّعي البيّنة.. قبلت، وإلّا.. يستحلف المنكر اتّفاقاً؛ فإن نكل.. ثبتت دعوى التسمية، وإن حلف (.. **وجب مهر المثل**) بالاتفاق.

أما عندهما؛ فلأنّ أحدهما ادعى التسمية والآخر ينكره، فالقول للمنكر فيما حلف، وكذا عند أبي يوسف لتعذر النقصان بالمسمّى.

بخلاف ما تقدّم؛ لأنه أمكن القضاء بالمتفق عليه وهو الأقل ما لم يكن مستنكراً عرفاً أو شرعاً.

قال في «صدر الشريعة»: إن اختلفا فقال أحدهما: لم يُسمَّ مهر، وقال الآخر: قد سُمّي؛ فإن أقام البيّنة.. لا شك في قبولها، وإن لم تقم البيّنة.. فعندهما: يحلف؛ فإن نكل تثبت دعوى التسمية، وإن حلف.. يجب مهر المثل.

وأما عند أبي حنيفة: ينبغي أن لا يحلف؛ لأنه لا يحلف عنده في النكاح، فيجب مهر المثل. انتهى.

وَمَوْتُ أَحِدِهِمَا: كحياتِهِما.

وَفِي مَوْتِهِمَا إِنِ اخْتلفَ الْوَرَثَةُ فِي قَدرِهِ.. فَالْقَوْلُ لوَرَثَةِ الزَّوْجِ عِنْدَ الإِمَامِ.

وَلَا يُسْتَثْنَى الْقَلِيلُ.

واعترض عليه بأن الكلام في المهر دون النكاح، ويجري الحلف في المال اتفاقاً.

(**وموت أحدهما كحياتهما**)؛ أي: فالجواب فيما كان الاختلاف بعد موت أحدهما بين الحي وورثة الميّت.. كالجواب في حياتهما في الأصل والمقدار:

في الأصل: يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله حال قيام النكاح، بأن تزوجها ودخل بها ومات أحدهما بعد الدخول، أو تزوّجها ومات أحدهما قبل الدخول والطلاق، ثم اختلف الحي وورثة الميّت [٣٧٢/أ] في أصل المسمّى.. يجب مهر المثل لتأكّد النكاح بالدخول في الأوّل، وبالموت في الثاني.

وتجب المتعة قبل الدخول؛ كما لو تزوّجها وطلّقها قبل الدخول، ثم مات أحدهما، ثم اختلف الحي وورثة الميّت في أصل المسمى.. فإنه تجب المتعة كما لو طلّقها قبل الدخول، ثم اختلفا حال حياتهما في أصل المسمّى؛ فإن القول في الصورتين للمنكر، فكأنها لم يسمّ لها مهر، فتجب المتعة على ما في «البحر».

وفي المقدار: عندهما: يحكم مهر المثل؛ لأن مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما.

وعنده: يعتبر قول الزوج أو ورثته لما تقدم.

(**وفي موتها**) أي لو مات الزوجان قبل الدخول أو بعده.. لتأكد العقد بالموت كتأكده بالدخول.

ثم (**إن اختلف الورثة في قدره.. فالقول لورثة الزوج عند الإمام**) بناء على أنه لا يحكم لمهر المثل بعد موتها عنده، (**ولا يستثنى القليل**) المستنكر عرفاً أو شرعاً، بل يصدق ورثة الزوج عنده إذا ادّعوا شيئاً قليلاً.

خلافا لأبي يوسف، وَعند مُحَمَّدٍ: كالحياةِ.

وَإِنِ اخْتلفُوا فِي أَصلِهِ.. يجبُ مهرُ الْمثلِ عِنْدَهمَا، وَبِه يُفْتى، وَعند الإِمَامِ: القَوْلُ لمُنكرِ التَّسْمِيَةِ، وَلَا يجبُ شَيْءٌ.

(خلافا لأبي يوسف)؛ فإن القول لورثة الزوج ههنا عنده أيضاً، إلا أنه يستثنى القليل على ما تقدّم.

(وعند محمد: كالحياة)؛ أي: بحكم مهر المثل بناء على أن مهر المثل له حكم بعد موتهما عنده.

(وإن اختلفوا)؛ أي: الورثة (في أصله)؛ أي: أصل المسمّى، بأن ادّعى ورثتها المسمّى، وأنكره ورثته (.. يجب مهر المثل عندهما، وبه يفتى)، كذا في «قاضي خان».

وقال بعض مشايخنا: هذا كلّه إذا لم تسلم المرأة نفسها، فإن سلّمت، ثم وقع الاختلاف في الحياة وبعدها.. فإنه لا يحكم مهر المثل، بل يقال لها: إما أن تقري بما أخذت، وإلا.. حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل، ثم يعمل في الباقي على ما ذكر؛ لأنها لا تسلم نفسها إلّا بعد قبض شيء من المهر عادة، كذا في «الزيلعي».

(وعند الإمام: القول لمنكر التسمية)؛ أي: ورثة الزوج، (ولا يجب) على ورثة الزوج لورثة الزوجة (شيء) عنده، إلا أن تقوم بينة على مهر مسمّى.

والأصل ههنا: أن مهر المثل ليس له حكم بعد موتها عنده؛ لأن موتها يدلّ على انقراض أقرانها، فلم يبق من يقدر القاضي بمهرها مهر مثلها، ففي المقدار المسمّى.. يحكم بما أقرّ به ورثة الزوج بلا استثناء القليل، وفي أصله: لا يحكم بشيء على ورثة الزوج.

وقال محمّد: لمهر المثل حكم بعد موتها في المقدار والأصل؛ لأن مهر المثل هو الأصل في الباب، فصار ديناً في ذمة الزوج كالمسمّى، فلا يسقط بالموت؛ كما إذا مات أحدهما.

وَإِن بعثَ إِلَيْهَا شَيْئاً فَقَالَت هُوَ هَدِيَّةٌ. وَقَالَ: مهرٌ.. فَالْقَوْلُ لَهُ فِي غيرِ مَا هو للْأَكْلِ.

وأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار إلا أنه استثنى القليل، ومع محمد في الأصل.

(**وإن بعث**)؛ أي: الزوج (**إليها شيئاً فقالت: هو هدية وقال**)؛ أي: الزوج (**مهر.. فالقول له**) مع يمينه (**في غير ما هو للأكل**)؛ لأنه المملك، فكان أعرف بجهة التمليك؛ كما إذا قال: أودعتك هذا الشيء، فقالت: بل وهبته لي، ولأن الظاهر يشهد له؛ لأنه يسعى في إسقاط ما في ذمته، إلا في الطعام المهيأ للأكل؛ كالشوي، واللحم المطبوخ، والفواكه التي لا تبقى.. فإن القول قولها استحساناً؛ لجريان العادة بإهدائها، فكان الظاهر [٣٧٢/ب] شاهداً لها.

بخلاف ما إذا لم يكن متهيأ للأكل؛ كالعسل، والسمن، والجوز، واللّوز.

وقيل: ما يجب عليه من الخمار والدرع ونحو ذلك.. ليس له أن يحسبه من المهر؛ لأن الظاهر يكذبه.

بخلاف ما لا يجب عليه كالخف والملاءة؛ لأنه لا يجب عليه أن يمكنها من الخروج، بل له أن يمنعها، وهذا هو المنقول عن أبي القاسم الصّغار.

وقال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ.

ثم إذا كان القول قول الزوج، هل تردّ المرأة عليه المتاع؟

فقال في «الخلاصة»: رجل بعث إلى امرأته متاعاً وهدايا، والمرأة عوضته كذلك عوضاً وزفّت إليه، ثم وقعت الفرقة، فادعى الزوج أنها عارية، وأراد أن يستردها، وأرادت المرأة أن تسترد ما دفعت إليه، .. يسترد كل واحد منهما ما أعطى.

ولو لم تبعث المرأة إليه، لكن بعث إليه أبوها متاعاً بعدما بعث الزوج، ثم قال الزوج: الذي بعثته من المهر.. القول قوله مع يمينه؛ فإن حلف والمتاع قائم.. فالمرأة ترد المتاع وترجع بما بقي من المهر.

وإن كان هالكاً:

فإن كان شيئاً مثليّاً.. ردتّ على الزوج مثل ذلك الهالك.

وإن كان قيميّاً.. لا ترجع على الزوج لجميع ما بقي من المهر؛ لأنها صارت مستوفية بقدر الهالك وترجع بما بقي.

وأما الذي بعث أبو المرأة: إن كان هالكاً.. لم يرجع على الزوج بشيء، وإن كان قائماً بُعث من مال نفسه.. يرجع؛ لأنه هبة لغير ذي الرحم المحرم، وإن بُعِثَ من مال البنت البالغة برضاها.. لا يرجع؛ لأنه هبة أحد الزوجين للآخر، ولا رجوع فيها، كذا في «قاضي خان».

ثم قال: رجل تزوج امرأة وبعث إليها هدايا، وعوضت المرأة لذلك عوضاً وزفت إليه، ثم فارقها، فقال الزوج: كنت بعثت ذلك عارية، وأراد أن يسترد وأردات المرأة استرداد العوض أيضاً.

قالوا: القول للزوج في متاعه؛ لأنه منكر للتمليك، وللمرأة أن تسترد ما بعثت؛ لأنها تزعم أنها بعثت عوضاً للهبة؛ فإذا لم يكن ذلك هبة.. لم يكن ذلك عوضاً، وكان لكل واحد منهما أن يسترد متاعه.

وقال أبو بكر الإسكاف: إن صرحت حين بعث أنها عوض.. فكذلك إن لم يصرح بذلك، ولكنها قالت: حسبت ونويت أن يكون عوضاً.. كان ذلك هبة منها، وبطلت نيتها.

رجل خطب بنت رجل، فقال أبو البنت: بلى إن كنت تنقد المهر إلى ستة أشهر أو إلى سنة أزوجها منك، ثم الرجل بعد ذلك بعث هدايا إلى بيت الأب و لم يقدر على أن ينقد المهر منه، فلم يتزوج منه، هل له أن يسترد ما بعث؟

قالوا: ما بُعثَ للمهر وهو قائم أو هالك.. يسترد، وكذا كل ما بُعِثَ هدية وهو قائم، فأما الهالك والمستهلك.. فلا شيء له من ذلك. انتهى.

وفي «الخلاصة»: امرأة ماتت، فاتخذت والدتها مأتما، فبعث زوج الميتة بقرة لذبحها في المأتم، فذبحت، ثم طلب الزوج حق البقرة، وقالت والدة المرأة: كانت هدية؛ إن ذكر الزوج القيمة وأمرهم أن يذبحوا ويطعموا.. له أن يرجع بالقيمة، وإن لم يذكر.. لا يرجع، وإن اختلفا.. لا يرجع أيضاً.

رجل أنفق على معتدة الغير [٣٧٣/أ]، على طمع أن يتزوجها إذا انقضت عدتها، فلما انقضت عدتها.. أبت أن تتزوج؛ إن شرط في الإنفاق التزوج.. يرجع عليها بما أنفق، زوجت نفسها أو لا، ذكره صدر الشهيد.

والصحيح: أن لا يرجع لو زوجت نفسها.

وإن لم يشترط، لكن أنفق على هذا الطمع.. اختلف المشايخ فيه، والأصح: أنه لا يرجع، كذا قال الصدر الشهيد.

وقال الأستاذ: الأصح أنه يرجع عليها، زوجت نفسها منه أو لم تتزوج؛ لأنه رشوة، وهكذا اختاره في «المحيط».

وهذا إذا دفع إليها الدراهم لتنفق على نفسها؛ أما إذا أكلت معه.. لا يرجع عليها بشيء. انتهى.

بقي الكلام فيما بعث الزوج إلى أب الزوجة، وأمها، وأخيها، وبعض أقربائها شيئاً قبل الزواج، هل له أن يأخذه منهم بعد التزوج؟

ففيه تفصيل: إن بعثه بطلبهم بأن قالوا: لم نرض النكاح حتى بعث إلينا كذا وكذا.. فله أخذه إن شاء؛ لأنه رشوة.

وإن بعثه بلا طلب منهم:

فإن كان بطريق الرشوة، وذلك بأن يعلم بأنه لو لم يبعث لتعطل أمره أو تأخر.. فله أخذه أيضاً.

وإن بعثه بطريق الهدية.. فليس له ذلك؛ لأنه تبرّع.

وَإِن نكحَ ذمّيٌّ ذِمِّيَّةً، أَو حَرْبِيٌّ حربيَّةً ثَمَّةَ على ميتَةٍ أَو بِلَا مهرٍ وَذَلِكَ جَائِزٌ فِي دينِهم.. فَلَا شَيْءَ عَلَيْه.

خلافاً لَهما.

(**وإن نكح ذمّي ذمية أو حربي حربية ثمة**)؛ أي: في دار الحرب (**على ميتة أو بلا مهر**)؛ يحتمل: نفي المهر والسكوت عنه، وقيل: في الميتة والسكوت روايتان عن أبي حنيفة؛ في رواية: يجب مهر المثل كما قالا؛ لأنها لم ترض بلا بدل.

وفي رواية: لا شيء عليه على ما صرّح في الكتاب، وعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى بيان الفرق، وأما على الرواية الأخرى وهي رواية «الأصل».. فيحتاج إلى الفرق بين النفي والسّكوت، وهو أن النكاح معاوضة البضع بالمال، فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين، فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض.. يكون العوض مستحقاً لها.

وأما الميتة: فإنها ليست بمتقومة عند أحد، فكان التزوج عليها كالنفي، وهو مختار فخر الإسلام من الروايتين.

ووجه الرواية الأخرى: أن أحداً لما لم يدع تقومها.. لم يدخل تحت قوله ﷺ: «اتركوهم وما يدينون» فيجب حكم الشرع.

والأصح: أن الكل على الخلاف، عنده: لا يجب شيء، وعندهما: يجب مهر المثل، كذا في «العناية».

(**وذلك**)؛ أي: النكاح على ميتة أو بلا مهر (**جائز في دينهم.. فلا شيء عليه**) عند أبي حنيفة، أي: لا مهر عليه من أحكام النكاح، لا مطلق أحكامه؛ فإن من أحكامه ما يلزمه بالاتفاق.

(**خلافاً لهما**)؛ أي: في الذمية، قالا: إن للذمية مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها، والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها، وهو قول الشافعي.

وقال زفر: لها مهر المثل في الحربيين أيضاً؛ لعموم قوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾.

سَوَاءٌ وُطِئَتَ أَو طُلِّقتْ قبلَهُ، أَو مَاتَ أَحدُهمَا.

وَإِن نَكَحَهَا بخمرٍ أَو خنزيرٍ معيَّنٍ ثـمَّ أَسلما أَو أَسلم أحدهما قبلَ القبضِ.. فلها ذلك.

وَإِن كَانَ غيرَ مُعَيَّنٍ.. فقيمةُ الْخمرِ وَمهرُ الْمثلِ فِي الْخِنْزِيرِ.

ولهما: أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام، وولاية الإلزام منقطعة عنهم؛ لتباين الدارين.

بخلاف أهل الذمة؛ فإن أحكام الإسلام جارية عليهم من استحقاق النفقة في النكاح، والعدة، والتوارث بالنسب، وبالنكاح الصحيح، وثبوت خيار البلوغ، وحرمة نكاح المحارم [٣٧٣/ب]، والمطلقة ثلاثاً، والزنا، والربا، وغيرها من الأحكام، وقد تحقق ولاية الإلزام مع تحقق الالتزام؛ لاتحاد الدار.

ولأبي حنيفة: أنّ أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الدّيانات كالصوم والصّلاة، وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات؛ كبيع الخمر والخنزير، وولاية الإلزام إنما تكون بالسيف والمحاجة، وليست بموجودة في حقّهم لانقطاعها عنهم بعقد الذمة، فإنّا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، فصاروا كأهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع ولاية الإلزام، بخلاف الأحكام المذكورة، فإنها جارية عليهم بالاتفاق، وليس من حيث إنها من أحكام الإسلام، بل هي ثابتة في دينهم أيضاً؛ فإن الزّنا حرام في جميع الأديان، وكذا الرّبا، ولذا استثنى ﷺ في قوله: «إلا من أربى، فليس بيننا وبينه عهد»، وكذا استحقاق النفقة والعدة بالنكاح ثابت في دينهم.

(**سواء وطئت أو طلقت قبله**) أي قبل الدخول بها، (**أو مات أحدهما**) هذا التعميم راجع إلى كل من قوله: «فلا شيء عليه»، ومن قوله: «خلافاً لهما».

(**وإن نكحها بخمر أو خنزير معين، ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض.. فلها ذلك**) المعين، (**وإن كان غير معين.. فقيمة الخمر، ومهر المثل في الخنزير**) هذا كله عند أبي حنيفة.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: مهرُ الْمثلِ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: الْقيمَةُ فيهمَا.

(**وعند أبي يوسف: مهر المثل في الوجهين**) أي في المعين وغير المعين.

(**وعند محمّد**) وهو قول أبي يوسف أولاً: (**القيمة فيهما**).

وجه قولهما: أن القبض مؤكد للملك في المعين، حتى لو طلّقها **قبل الدخول بها بعد القبض**.. لا يثبت ملك الزوج في النصف إلا بالقضاء أو بالتراضي على الاسترداد، **وقبل القبض**.. يثبت له بنفس الطلاق، ولهذا لو هلك قبل القبض.. كان الهلاك على الزوج، وبعده.. على الزوجة، [فكان] للقبض شبهة بالعقد، فيمتنع القبض بالإسلام إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط، فصار كالبيع.

وفي غير المعين: يوجب الملك؛ إذ لا يملك قبله، فكان القبض ابتداء تملك العين، فيمتنع بالإسلام كالعقد؛ فإذا امتنع تسليم المعين.. فأبو يوسف يقول: يجب مهر المثل؛ كما لو أنشأ العقد بعد الإسلام.

ومحمد يقول: صحت التسمية؛ لكون المسمّى مالاً عنده، إلا أنه امتنع التسليم بالإسلام، فيجب قيمته؛ كما إذا هلك المسمى قبل القبض.

ولأبي حنيفة: أن الملك في الصداق المعين، ثم بنفس العقد، ولهذا يملك التصرف فيه من البيع والهبة، وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمان الزوجة، وذلك لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوب؛ بخلاف المشتري؛ لأن ملك التصرف فيه قد ثبت بالقبض، فصار كالعقد.

وفي غير المعين: القبض يوجب ملك العين، فيمتنع بالإسلام، فيتعذر قبضه؛ فإذا تعذر القبض.. لا تجب القيمة في الخنزير؛ لأنه من ذوات القيم، فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه، لكونه بدلاً عن عينه، بخلاف الخمر؛ لأنه من ذوات الأمثال، فلا يكون أخذ قيمته كأخذ عينه، وبخلاف ما لو اشترى ذمي داراً من ذمي بخمر أو

وَفِي الطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ تجبُ الْمُتْعَةُ عِنْدَ مَن أَوجبَ مهرَ الْمثلِ، وَنصفُ الْقيمَةِ عِنْدَ مَن أَوجبهَا.

خنزير، وشفيعها المسلم يأخذها بقيمة الخمر والخنزير؛ لأن قيمة [٣٧٤/أ] الخمر والخنزير هنا بدل عن الدار المشفوعة لا عن عين الخنزير.

(**وفي الطلاق قبل الدخول: تجب المتعة عند من أوجب مهر المثل**)؛ لأن المتعة حكم مهر المثل.

(**ونصف القيمة: عند من أوجبها**)؛ أي: القيمة يعني: على قول أبي حنيفة في المعين: لها نصف المعين، وفي غير المعين في الخمر: لها نصف القيمة، وفي الخنزير: لها المتعة؛ لأن مهر المثل لا يتنصف بالطّلاق قبل الدّخول، بل في كلّ موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق، فالواجب المتعة بعد الطلاق.

وعند أبي يوسف: لها المتعة على كلّ حال.

وعند محمد: لها بعد الطلاق نصف القيمة على كلّ حال على ما في «العناية».

* * *

(بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيقِ)

نِكَاحُ العَبْدِ وَالْأَمَةِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْمكَاتَبِ وَأمِّ الْوَلَدِ بِلَا إِذنِ السَّيِّدِ.. مَوْقُوفٌ. فَإِن أَجَازَ.. نفذَ، وَإِن ردَّ.. بَطل.

بَابُ نِكَاحِ الرَّقِيق

هو اسم المملوك، يطلق على الذكر والأنثى، وجمعه أرقاف، وقد يطلق على الجمع أيضاً، فيقال: عبد رقيق، ثم **الرِّقُّ في اللّغة**: الضعف، **وفي الشرع**: عجز حكمي يمنع عن أهلّية بعض ما يملكه الحرّ؛ مثل: الشهادة والقضاء والولاية ونحو ذلك.

وهو حق الله تعالى ابتداء، بمعنى: أنه ثبت جزاء عن الكفر؛ فإن الكفّار لما استنكفوا عن عبادة الله، وألحقوا أنفسهم بالبهائم في عدم النظر والتأمل في آيات التوحيد.. جازاهم الله تعالى بجعلهم عبيد عبيده، ولهذا لا يثبت الرق على المسلم ابتداء، ثم صار حقاً للعبد بقاء، بمعنى: أن الشارع جعل الرقيق ملكاً من غير نظر إلى معنى الجزاء وجهة العقوبة، حتى أنه يبقى رقيقاً، وإن أسلم واتقى.

(نكاح العبد والأمة والمدبر والمكاتب وأمّ الولد بلا إذن السيد موقوف) على إذن السيد كعقد الفضولي، **(فإن أجاز)** السيد **(.. نفذ، وإن ردّ.. بطل)**.

وكذا لو أذنهم السيد بالنكاح وتزوج واحد منهم امرأة بعد إذن المولى.. لا ينفذ نكاحه ما لم يجز السيد بذلك العقد؛ فإن أجاز.. نفذ، وإلا.. فلا؛ لأن الإذن المتقدم ليس بإجازة لذلك العقد كما صرّح به في «الزيلعي»؛ حيث قال: والإذن في النكاح لا يكون إجازة؛ فإن أجاز.. جاز استحساناً. انتهى.

هذا، وخالفنا مالك في العبد، وقال: يصح نكاحه بدون إذن سيّده؛ لأنه يملك الطّلاق فيملك النكاح أيضاً.

ولنا: قوله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه.. فهو عاهر» أخرجه الترمذي، ولأن في تنفيذ نكاحه تعييباً؛ إذ النكاح عيب فيه، فلا يملكه بدون إذن مولاه.

وقوله: طَلِّقهَا رَجْعِيَّةً.. إجازةٌ، ....

وكذا الأمة، بل أظهر؛ لأن منافع بضعها ملك المولى، فلا يصح العقد عليها.

وأما الكتابة.. فإنما أوجبت فك الحجر في حق الكسب فقط، حتى يملك المكاتب أكسابه، لا في حق النكاح فبقي في حق النكاح على حكم الرق، ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده، ويملك تزويج أمته؛ لأنه من باب الاكتساب في حق المهر، والنفقة على الزوج، وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون الإذن، وتملك تزويج أمتها لما ذكرنا.

وكذا المدبر وأم الولدلان الملك قائم فيها.

قال في «الخلاصة»: أما المكاتب والمكاتبة.. فلا يجوز للمولى تزويجهما من غير رضائهما، وكذا لو كانت المكاتبة صغيرة.. لا يزوجها المولى [٣٧٤/ب]، فلو زوّجها مع ذلك.. توقف على إجازتها؛ لأنها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة؛ فإن لم ترد حتّى أدّت فعتقت.. بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتها؛ لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة، بل هي صغيرة، والصغيرة ليست من أهل الإجازة.

هذا من ألطف المسائل وأعجبها حيث اعتبرت إجازة المكاتبة في حالة الكتابة، ولم تعتبر في حالة العتق لما ذكرناه من الفرق، فلو أن العبد، والمكاتب، وابن أم الولد تزوّجوا بغير إذن المولى، ثم طلّقوها ثلاثاً قبل إجازة المولى.. فهذه متاركة لا طلاق، فلا تنقص من عدد الطلاق، ولو وطئها بعد الطّلاق.. يلزمه الحدّ؛ فإن أذن المولى بعد ذلك.. لا يجوز، وإن أذن له أن يتزوجها بعد هذا الطلاق.. كرهت له أن يتزوجها، ولم يفرق بينهما إن فعل ذلك.

وقال أبو يوسف: لا كراهة، وكذا الأمة.

(**وقوله**) أي: قول السيد (**طلّقها رجعيّة.. إجازة**)؛ لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلّا في نكاح صحيح، فتعين الإجازة بالنكاح؛ فإن النكاح ليس بأصل في إثبات الأهلية له، فيجوز ثبوته بطريق الاقتضاء.

لَا طَلَّقهَا أَو فَارقهَا.

فَإِن نكحوا بِإِذْنِهِ.. فالمهرُ عَلَيْهِم، ....

بخلاف ما لو قال لعبده: كفر عن يمينك بمال، أو تزوج أربعاً من النّساء.. فإنه لا يثبت العتق، مع أن التكفير بالمال وتزوج الأربع لا يكون إلا في الحرّ؛ لأن الإعتاق أصل في إثبات الأهلية له، فلا يجوز ثبوته اقتضاء.

(**لا: طلقها، أو فارقها**)؛ لأنه يحتمل الرد، ولأن ردّ هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقاً ومفارقة، فحملنا عليه؛ لأنه أليق بحال العبد المتمرّد، أو لأنه أدنى من الطلاق؛ لأنه دفع، والطلاق رفع، والدفع أسهل وأدنى من الرفع، فكان الحمل عليه أولى؛ لأنه لو كان إجازة.. لكان ثبوت الإجازة اقتضاء، فيلزم أن يكون هذا القول من المولى لغواً؛ لأنه حينئذ يكون هذا القول منه توكيلاً بالطلاق، وليس ذلك في وسع المولى، فيلغو بالضرورة، ومن شرط الاقتضاء: أن لا يكون المقتضي لغواً عند تقرير المقتضى، فيكون رد الإجازة.

بخلاف ما لو قال: طلِّقها تطليقة تقع عليها.. يكون إجازة؛ لأن وقوع الطلاق عليها مختص بالنكاح النافذ، فيحمل عليه؛ لعدم احتماله الرد.

وبخلاف ما لو زوج فضولي رجلاً امرأة، فقال له الرجل: طلقها، حيث يكون إجازة؛ لأنه يملك الطلاق بالإجازة، فيملك الأمر به بخلاف السيد، ولأن فعل الفضولي إعانة كالوكيل، فكان حمله على الإجازة أليق، بخلاف فعل المتمرد.

(**وإن نكحوا**) حرة أجنبيّة (**بإذنه**) - أي: بإذن السيد، وإنما قيدنا بالحرة الأجنبية؛ لأنه لو زوجه السيد أمته فاختلفوا فيه: فقال بعضهم: يجب المهر عليه ثم يسقط؛ لأن وجوبه حق الشرع. وقال بعضهم: لا يجب؛ إذ الوجوب عليه فرع إيجاب المولى عليه، ولا إيجاب منه، فلا وجوب عليه؛ لأنهما فرعان للمال، ولا مال له - (**فالمهر**) وكذا النفقة (**عليهم**) أي: لا على المولى؛ لأن الغرم بالغنم ويسقطان بموتهم؛ لفوات محل الاستيفاء، كذا في «فتح القدير» نقلاً عن «التمرتاشي».

يُبَاعُ العَبْدُ فِيهِ.

وهل يضمن المولى المهر بعد إعتاقه [٣٧٥/أ] أو لا يضمن؟

ففي «القنية» بعلامة عمر التّرجماني: زوّج عبده حرّة، ثم أعتقه.. تخيّر المرأة في تضمين المولى أو العبد.

ثم قال بعلامة شرف الدين المكي: يضمن المولى الأقل من قيمته ومن مهرها.

وأما لو باعه: ففي «القنية» أيضاً بعلامة التّرجماني: باع عبده بعدما زوجه امرأة، فالمهر في رقبة الغلام يدور معه أينما دار، هو الصّحيح؛ كدين الاستهلاك.

ثم قال بعلامة «جمع العلوم» والوبري: المهر في الثمن، كذا في «المنية» هكذا نقله في «البحر».

ثم استشكل وقال: كل من القولين مشكل؛ لأنهم جعلوا المهر كدين التجارة، وقد نقلوا في باب المأذون: السيّد إذا باع العبد المديون بغير [رضا] صاحب الدّيون.. ردّوا البيع وأخذوه، وإن كان المشتري غيّب العبد.. فهم بالخيار؛ إن شاؤوا.. ضمّنوا السيّد قيمته، أو ضمّنوا المشتري قيمته، أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن.. فكذلك هنا. انتهى.

(يباع العبد فيه) أي: مرة؛ فإن وفى.. فبها، وإلا.. لا يباع ثانياً، بل طولب بباقيه بعد العتق، كما لو تزوج بغير إذن سيّده فدخل بها، ثم فرق بينهما؛ فإنه لا مهر عليه حتى يعتق؛ لأنه لم يظهر في حق المولى؛ لعدم الإذن فيه.

بخلاف دين النفقة؛ فإنه يباع فيها مراراً حتى يستوفي؛ لأنها تجب ساعة فساعة، فالبيع مرّة لم يقع في مقابلة الجميع.

بخلاف دين المهر؛ فإنه وجب جملة في رقبته، وكلّ دين وجب كذلك.. تباع الرقبة فيه.

وأما وجوبه: فلأن المقتضي وهو العقد قد تحقق من جانبه وانتفى المانع، وهو حقّ المولى للإذن فيه.

وَيسْعَى الْمُدبَّرُ وَالْمكَاتَبُ وَلَا يُباعانِ.

وإِذنُهُ لعَبْدِهِ بِالنِّكَاحِ يَشْمَلُ جائزَهُ وفاسدَهُ،

وأما كونه في رقبته: فلإذن السيد، ولدفع المضّرة عن المرأة.

وأما الكبرى: فلأن ذمته قد ضعفت بالرق عن احتمال الدين حتى لا يطالب به، إلا إذا انضم إلى الذمة مالية الرقبة والكسب جميعاً، فيستوفى من الرقبة والكسب بأن ينصرف أولاً إلى الدين الكسب إن وجد الكسب، وإلا.. يصرف إليه مالية الرقبة بأن يباع إن أمكن، وإلا.. فيستسعى كالمدبر والمكاتب.

وإليه أشار بقوله: (ويسعى المدبر والمكاتب، ولا يباعان)؛ لعدم إمكان بيعهما؛ لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك آخر مع بقاء الكتابة والتدبير، فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما.

وكذا إن أم الولد ومعتق البعض لا يقبل النقل، فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما، ولو عجز المكاتب وردّ إلى الرق.. فحينئذٍ يباع في المهر.

(وإذنه) أي السيد (لعبده بالنكاح يشمل جائزه وفاسده) عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يتناول إلّا الجائز؛ لأن المقصود من النكاح الإعفاف في المستقبل والتحصين عن السّفاح، وذلك بالجائز لا بالفاسد؛ لأنه لا يفُيد الحل، فصار كالتوكيل بالنكاح؛ فإنه لا يتناول الفاسد بالاتفاق، بل يخص الصحيح.

ولهذا لو حلف لا يتزوج.. ينصرف إلى الجائز.

بخلاف الإجازة بالبيع؛ حيث يتناول الجائز والفاسد؛ لأن الفاسد فيه يفيد الملك بالقبض.

ولأبي حنيفة: إن اللفظ مطلق، فيتناول العقد غير مقيد بالصحة أو الفساد كما في البيع، وبعض المقاصد [٣٧٥/ب] حاصلة بالنكاح الفاسد؛ كثبوت النسب بالوطء، وسقوط الحد، ووجوب المهر، والعدة، ومسألة الحلف ممنوعة على طريقة إجراء

فَيُبَاعُ فِي الْمَهْرِ لَو نكحَ فَاسِداً فوطِيءَ، وَيتمُّ الْإذنُ بِهِ، حَتَّى لَو نكحَ بعدَهُ جَائِزاً.. توقَّفَ على الْإِجَازَةِ.

وَإِن زوَّجَ عَبدَهُ الْمَأْذُونَ الْمَدْيُونَ.. صَحَّ.

وَهِي أُسْوَةٌ للْغُرَمَاءِ فِي مهرِ مثلِهَا.

اللفظ على إطلاقه، ولو سلّم.. فالأيمان مبنية على العرف، وهو في الصحيح دون الفاسد.

وثمرة الخلاف تظهر في مسألتين:

أشار إلى أحدهما بقوله: (**فيباع في المهر لو نكح فاسداً فوطيء**) عنده، وقالا: لا يباع، بل يؤخذ منه بعد عتقه؛ لأن الإذن لما لم يتناول الفاسد عندهما على ما ذكرناه.. فلا يكون الدين ظاهراً في حق المولى؛ لعدم إذنه، فيؤاخذ به بعد العتق.

وله: أنّ الإذن لما تناول الجائز والفاسد عنده.. يكون الدين ظاهراً في حق المولى فيباع.

وإلى الثاني بقوله: (**ويتم الإذن به**) أي بالنكاح الفاسد، (**حتى لو نكح بعده**) أي بعد النكاح الفاسد (**جائزاً**)؛ سواء كانت تلك المرأة أو غيرها (.. **توقف على الإجازة**) عنده؛ لانتهاء الإذن الأوّل بالعقد الأول.

وقالا: لا يتم الإذن الأول؛ لعدم تناوله الفاسد، فلا يتوقف الثاني على الإجازة.

(**وإن زوج عبده المأذون المديون.. صح**) نكاحه، (**وهي**) أي المرأة (**أسوة للغرماء**) إذا كان النكاح (**في مهر مثلها**) أو أقل على ما في «النهاية».

وأما إذا كان المسمى أكثر من مهر المثل.. فإنها لا تساوي الغرماء، بل يؤخر حقّها إلى استيفاء الغرماء ديونهم؛ كدين الصحة مع دين المرض، كذا في «التاتارخانية».

ثم صحّة هذا النكاح فلتحقق المقتضي - وهو ملك الرقبة - وانتفاء المانع وهو ملاقاة النكاح حقّ الغرماء بالإبطال مقصوداً.

وَمَن زوَّجَ أَمَتَهُ.. لَا يلْزمهُ تبوئتُها.
ويطأُ الزَّوْجُ مَتى ظَفِرَ، وَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ إِلَّا بالتبوئَةِ.
وَهِي: أَن يُخلى بَينهَا وَبَينَ الزَّوْجِ فِي منزلِهِ،

وأما المهر: فلأنه لزمه بسبب لا مرد له، وهو صحة النكاح؛ إذ هو بلا مهر غير مشروع؛ فصار كدين الاستهلاك، فيما إذا استهلك المأذون المديون عين إنسان.. صار صاحب العين أسوة للغرماء؛ وكالمريض المديون إذا تزوج.. فبقدر مهر مثلها أسوة للغرماء، وفي الزائد من مهر المثل لا نساويهم، بل تطالبه به بعد استيفاء الغرماء حقّهم؛ كدين الصحة مع دين المرض.

(**ومن زوج أمته.. لا يلزمه تبوئتها، ويطأ الزوج متى ظفر**)؛ لأن حق المولى أقوى من حق الزوج؛ لأنه يملك ذاتها ومنافعها سوى البضع، والزوج إنما يملك منافع البضع فقط، ولو وجبت التبوئة.. لبطل حق المولى في الاستخدام.

وعلى تقدير عدم الوجوب.. لا يبطل حق الزوج في الوطء؛ لحصوله أحياناً.

فإن قيل: التبوئة تسليم فيجب عليه.

أجيب: بأن التسليم لا يتوقف على التبوئة، بل يتحقق بأن يقال له: متى ظفرت بها.. وطئتها.

(**ولا نفقة عليه**) أي الزوج (**إلا بالتبوئة**)؛ لأن النفقة تقابل الاحتباس.

فإن قيل: انتفاء الاحتباس إنما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام، وبمثله لا تسقط النفقة؛ كالحرة إذا حبست نفسها عنه لاستيفاء المهر.. فإنها تستحق النفقة.

قلنا: إن الحرة إذا حبست نفسها لذلك.. فالتفويت من قبل الزوج بامتناع إيفاء ما التزم، وههنا ليس من جهة الزوج، بل من جهة من له الحق وهو المولى، فكانت كالمحبوسة بالدين، فإنها لا نفقة لها؛ فإن بوأها معه بيتاً فولدت من الزوج [٣٧٦/أ].. لم يكن عليه نفقة الولد؛ لأنه مملوك لمولاها، ونفقة المملوك على المالك.

(**وهي**) أي التّخلية (**أن يخلّى بينها وبين الزوج في منزله**) أي منزل المولى.

وَلَا يستخدُمها.

وَإِن بوَّأَها ثمَّ رَجَعَ.. صَحَّ، وَسَقَطتِ النَّفَقَةُ.

وَإِن خدمَتْهُ بِلَا استخدامِهِ.. لَا تسْقطُ.

وَإِن زوَّجَ أَمَتَهُ ثمَّ قَتلهَا قبلَ الدُّخُولِ.. سقطَ الْمهْرُ.

(**ولا يستخدمها، وإن بوّأها، ثم رجع**) أي: عن التبوئة (**..صحّ**) رجوعه؛ لأن حقّه لا يسقط بها كما لا يسقط بالنكاح.

(**وسقطت**) بعد رجوعه (**النفقة**)؛ لعدم الموجب وهو الاحتباس.

فإن قيل: عدم العلة ليس بعلّة عندنا على ما في «الأصول».

قلنا: سقوطها ليس لعدم العلة، بل للعدم الأصلي.

(**وإن خدمته بلا استخدامه.. لا تسقط**)؛ لعدم صنع المولى.

(**وإن زوج أمته، ثم قتلها قبل الدخول.. سقط المهر**) عن ذمة الزوج عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يسقط، بل عليه المهر لمولاها اعتباراً بموتها حتف أنفها، وبقتل الأجنبي لها، وهذا لأن المقتول ميت بأجله عندنا، والقتل موت؛ إذ الموت عبارة عن انتهاء أيّام الحياة، وبالقتل ينتهي ذلك.

ولذا: لو قال لعبده: إن متُّ فأنت حر، فقتل.. عتق.

وإنما اعتبر القتل قطعاً للحياة في حق القاتل إذا لزمه ضمان من دية أو قصاص، ولم يتعلّق بقتل المولى أمته ضمان، فاعتبر في حقه موتاً لا قطعاً.

ولأبي حنيفة: أن المعقود عليه فات قبل الدخول بفعل من له المهر وهو المولى، فيجازى بمنع البدل، كما لو باعها المولى قبل الدخول، وذهب بها المشتري من المصر، أو أعتقها قبله فاختارت الفرقة، وكما إذا ارتدت الحرة قبله.

بِخِلَافِ مَا لَو قَتَلَتِ الْحرَّةُ نَفسَهَا قبلَهُ.

والقتل يعتبر قطعاً وإتلافاً إذا لزمه حكم من أحكام الدنيا، وقد لزمه الكفارة على المولى.

فإن قيل: الصغيرة إذا ارتضعت من أم زوجها، أو المجنونة إذا قبّلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول.. فقد فات المعقود عليه قبل التسليم، ولم يجاز بمنع البدل؛ لأن المهر لم يسقط عن الزوج.

قلنا: إنما لم يجازَ بذلك؛ لعدم كونها أهلاً للجزاء، ونوقض بالصغيرة العاقلة إذا ارتدت قبل الدخول.. يجازى بسقوط المهر.

وأجيب: بأن ترك مجازاة الصغيرة إنما تكون على أفعال غير محظورة في حقها، والردة محظورة إذا كانت عاقلة، وهذا إذا كان السيد كبيراً.

وإذا كان صغيراً.. قيل: سقط المهر، وقيل: لا يسقط، كذا في «الزيلعي» نقلاً عن «المصفى».

(**بخلاف ما لو قتلت الحرة نفسها قبله**) حيث لا يسقط المهر، خلافاً لزفر؛ اعتباراً بقتل المولى أمته وتقبيلها ابن زوجها.

قلنا: إن جناية المرء على نفسه غير معتبرة أصلاً، ولهذا إذا اقتل نفسه.. يغسل ويصلى عليه، ولأن قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتاً للمهر.. إنما يكون تفويتاً بعد موتها، وبالموت ينتقل المهر إلى الورثة، فلا يسقط.

بخلاف قتل المولى أمته؛ لأن المهر له لا للأمة، فكان مفوتاً لحق نفسه، وهو كمن قال: اقتل عبدي، فقتله.. لا يجب عليه شيء.

ولو قال: اقتلني، فقتله.. يجب عليه الدية، ولا يصح إذنه في إبطال حق الورثة.

وإنما قيد بالحرة؛ لأن الأمة إذا قتلت نفسها قبل الدخول.. ففيه روايتان، في رواية: يسقط كقتل المولى إياها، وفي رواية: لا يسقط كقتل الحرة.

واعلم: أنّ [٣٧٦/ب] الحرة إذا قتلها وارثها.. لا يسقط المهر أيضاً؛ لأنه صار

وَالْإِذنُ فِي الْعَزْلِ عَنِ الْأمةِ للسَّيِّدِ.

وَعِنْدَهُمَا: لَهَا.

وَإِن تزوَّجت أَمةٌ أَو مُكَاتبَةٌ بالإذنِ ثُمَّ عَتَقَتْ.. فلهَا الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ؛ حراً كَانَ زَوجُهَا أَو عبداً.

محروماً بالقتل عن الإرث، فلم يكن بالقتل مبطلاً لحق نفسه في المهر، كذا في «الزيلعي» و«فتح القدير».

(**والإذن في العزل عن الأمة**) المنكوحة (**للسيد**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لها**)؛ لأن الوطء حقّها حتى تثبت لها ولاية المطالبة، وفي العزل تنقيص حقّها، فيشترط رضاها كما في الحرة، بخلاف الأمة المملوكة؛ لأنه لا مطالبة لها، فلا يعتبر رضاها.

ولأبي حنيفة: أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى، وهو لا يملك إبطاله، فيعتبر رضاه، وبهذا فارقت الحرة.

(**وإن تزوجت أمة أو مكاتبة بالإذن**) أي من المولى (**ثم عتقت.. فلها الخيار في الفسخ**) أي في الحال، ولو كانت المعتقة صغيرة لا خيار لها ما لم تبلغ، كما في «البزازية».

(**حرّاً كان زوجها أو عبداً**).

وكذا لو زوّجها مولاها برضاها أو لا، على ما في «الزيلعي».

وقال الشافعي: الخيار لها فيما إذا كان زوجها حرّاً؛ لما في «مسلم» من حديث بريرة من رواية عائشة أن النبي ﷺ خيّرها؛ حيث قال لها: «ملكت بضعك فاختاري»، وكان زوجها عبداً، ولأن العبد ليس بكفؤ لها، فثبت لها الخيار، بخلاف الحر.

ولنا: ما رواه البخاري ومسلم وأبو داود من حديث بريرة من رواية عائشة أيضاً، أن النبي ﷺ خيرها، وكان زوجها حرّاً حين أعتقت، ولأن الخيار لازدياد الملك عليها، وهذا المعنى لا يختلف بين أن يكون حراً أو عبداً، وحديثنا أولى؛

وَإِن تزوَّجت بِلَا إِذنٍ فعتقت.. نفذَ.

لكونه مثبتاً للحرية؛ لاتفاقهم على أنه كان عبداً قبله، على أن ما رواه ساكت عما إذا كان الزوج حرّاً، وليس فيه دلالة على عدم الخيار فيه.

أو نقول: ما رواه محمول على أنه كان عبداً قبل أن تعتق بريرة، ثم أعتق، وكان حراً حين أعتقت بريرة؛ وتعليله «لعدم الكفؤ» ليس بمعتبر في مقابلة تعليل الشارع بقوله: «ملكت بضعك فاختاري»، حيث جعل ملك البضع علة للاختيار، ثم لا فرق في هذا بين القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة.

وقال زفر: لا خيار للمكاتبة؛ لأن ثبوت الخيار في الأمة لنفوذ العقد بغير رضاها، وسلامة المهر لمولاها، وهذا غير موجود فيها، فإن المهر لها، والنكاح ما نفذ إلا برضاها، فصارت كالحرة.

والحجة عليه: ما رويناه من حديث بريرة وكانت مكاتبة.

فإن قيل: إنها لم تكن مكاتبة عند النكاح، فلم يكن حجة عليه.

قلنا: الظاهر أنها كانت مكاتبة؛ لأن الحال يدل على ما قبله.

(**وإن تزوجت**) الأمة (**بلا إذن**) سيدها (**فعتقت.. نفذ**) نكاحها.

وكذا لو باعها المولى بعد النكاح فأجاز المشتري.. نفذ على ما في «النهاية»، وهذا لأن المقتضي موجود؛ لأن الإيجاب والقبول صدر من أهله؛ لأنها من أهل العبارة، والمانع منتف؛ لأن امتناع النفوذ كان لحق المولى، وقد زال بالعتق.

بخلاف ما لو اشترت شيئا فأعتقها المولى حيث لا ينفذ ذلك الشراء، بل يبطل؛ لأن الشراء كان موجباً لملك المولى، ثم لو نفذ عليها.. لتغير المالك، ولا كذلك هنا؛ لأن الحلّ بالعقد يثبت لها في الحالين.

وبخلاف ما إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه، ثم أذن له [٣٧٧/أ] أن يتزوج، حيث لا ينفذ العقد السابق بغير إجازته لذلك العقد، وإن زال المانع بالإذن؛ لأن الإذن فك

وكذا العبدُ.

الحجر عن التصرف، ولو جاز النكاح المباشر قبل الإذن.. لا يقع الإذن فكاً، فيمتنع الجواز.

فإن قيل: مقتضى هذا: أن لا يجوز النكاح المباشر بإجازته ذلك.

قلنا: هذا قياس تركناه بالاستحسان، وقلنا بالجواز عند الإجازة له؛ لقيام الإجازة مقام النكاح؛ كما في نكاح الفضولي.

وبخلاف الولي الأبعد إذا زوّج مع وجود الأقرب، ثم انتقلت الولاية إليه بموت الأقرب أو بغيبوبته، حيث لا ينفذ العقد إلا بإجازة مستأنفة وإن زال المانع؛ لأن الأبعد حين باشر لم يكن وليّاً، ومن لم يكن وليّاً في شيء.. لا يبالي بعواقبه اتكالاً على رأي الأقرب، فلم يكن النكاح على الوجه الأصح ظاهراً، فيجب توقيفه على إجازته بعد صيرورته ولياً؛ ليظهر كونه أصلح.

وبخلاف المكاتبة الصغيرة التي زوّجها مولاها بلا إذنها حتى توقف على إجازتها، ثم أدت المال قبل الإجازة وعتقت.. لا ينفذ ذلك العقد، وإن زال المانع بدون إجازة مستقلة من السيد مع أنه المزوج، وهذا لأنه لم يكن وليّاً حين العقد، فلا يبالي بعواقبه كالمسألة الأولى، كذا في «الزيلعي» و«فتح القدير».

وقال في «البزازية»: وهذا من ألطف المسائل حيث توقف قبل الإعتاق على إجازتها، وبعد العتق على إجازة المولى، ونفذ قبل العتق بإجازتها لا بإجازة المولى، وبعد الحرية، نفذ بإجازة المولى لا بإجازتها؛ لأنها صغيرة، والولي هو المعتق. انتهى.

(وكذا العبد) يعني إذا تزوج العبد بلا إذن سيده فعتق.. نفذ العقد لوجود المقتضي وارتفاع المانع على ما ذكرناه، بخلاف ما لو تزوّج بلا إذن سيّده، ثم أذن له السيد؛ حيث لا ينفذ ما لم يجز لذلك العقد على ما ذكرناه آنفاً.

وَلَا خِيَارَ لَهَا.

والمسمَّى للسَّيِّدِ إن وُطِئَتْ قبلَ الْعتْقِ،

(ولا خيار لها)؛ لأن النفوذ بعد العتق، فلا يتصور زيادة الملك؛ كما لو زوجت نفسها بعد العتق.

(والمسمّى للسيّد إن وطئت قبل العتق) أي: لو وطئ زوج الأمةِ الأمةَ قبل العتق، فيما إذا تزوجت بغير إذن المولى.. فالمهر للمولى؛ لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى.

فإن قيل: ملك المولى هو البضع، وقيمته هو مهر المثل، فكان ينبغي أن يكون ما يوازي مهر المثل من المسمى للسيّد، وما زاد عليه للمرأة، مع أن الزائد للمولى أيضاً، وإليه أشار بإطلاقه.

قلنا: إن العقد إنما نفذ بالعتق مستنداً إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية، ووجب المسمى للمولى إن كان العتق بعد الدخول لما ذكرناه، وللأمة إن كان قبله لما سيأتي.

فإن قيل: كيف يستند نفاذ العقد بالعتق إلى وقت العقد مع قيام المانع من الاستناد؟ لأن المانع من النفاذ ابتداء هو الملك، وقد زال ذلك بالعتق مقتصراً لا مستنداً، ولهذا لو حرمت الأمة حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك، ثم تزوّجت بآخر بغير إذن مولاها فدخل بها فأعتقها مولاها.. لا تحلّ [٣٧٧/ب] على زوجها الأول؛ لأن العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق، فلو استند إلى وقت العقد.. لاعتبر هذا الدخول، ويثبت الحل للزوج الأوّل.

قلنا: لا نسلم أن المانع من النفاذ هو الملك، بل المانع هو الحاجة إلى الصيانة عن الإضرار بالمولى، فمتى أعتقها المولى.. فقد خلا هذا النكاح عن الإضرار بالمولى من وقت وجوده، فيثبت النفاذ من ذلك الوقت، وإنما لم تحل على زوجها الأول؛ لأن الاستناد يظهر في القائم دون المتلاشي، والمستوفى بالوطء متلاش، فلا

وَلها إِنْ وُطِئت بعدَهُ.

وَمن وطئ أمةَ ابْنِهِ فَولَدَتْ فَادَّعَاهُ.. ثَبتَ نسبُه مِنْهُ،.........................

يظهر الاستناد في حقه؛ فإذا ثبت لزوم المسمّى لصحة التسمية بسبب الاستناد.. لم يجب على الزوج للمولى مهران، مهر المثل بسبب دخوله قبل نفاذ نكاح، والمسمى بسبب صحّة العقد، وهو القياس.

ووجه الاستحسان: أن النفاذ لما استند إلى وقت العقد.. كان عاملاً من ذلك الوقت فوجب المسمّى به، ولو وجب مهر آخر.. لوجب بحكم العقد أيضاً لا غير، بدليل: أن الحد سقط عنه بذلك العقد، والعامل في سقوط الحد: هو العامل في وجوب المهر أيضاً، فلزم منه إيجاب المهرين بعقد واحد، وذلك باطل.

(**ولها**) أي: للأمة (**إن وطئت بعده**) أي بعد العتق؛ لأنه استوفى منافع مملوكة له.

والمراد بالمهر ههنا: المسمّى أيضاً لصحة التسمية على ما ذكرناه.

فإن قيل: ينبغي أن يكون المسمى ههنا أيضاً للمولى؛ لأنه بالاستناد تبين أن العقد ورد على ملكه، فصار كما إذا زوجها المولى، ثم أعتقها قبل الدخول، ثم دخل بها الزوج، حيث يكون المهر كله للمولى، فكذا هذا.

قلنا: حكم الاستناد إنما يظهر فيما إذا لم يختلف مستحقه، وهنا قد اختلف؛ لأن المستحق في أوان العقد هو المولى، وفي أوان الثبوت هي الأمة، فاستحقاق الأمة لا يمكن استناده؛ لأنه يبطل بالاستناد؛ لعدم ملكها وقت العقد، وحق المولى معدوم أوان الثبوت، والشيء إنما يستند إذا كان ثابتاً في الحال، بخلاف المستشهد به؛ لأن جميع المهر هناك يجب بالعقد، وإنما الدخول يتأكد به الواجب، فحالة الثبوت - وهي حالة العقد - لا حق لها، فافترقا.

(**ومن وطئ أمة ابنه فولدت فادّعاه.. ثبت نسبه منه**) إن كان الأب حراً مسلماً عاقلاً، حتى لو كان عبداً، أو مكاتباً، أو كافراً.. لا تصح دعوته؛ لأنه لا ولاية له على المسلم.

وَلَزِمَهُ قيمتُهَا لَا مهرُهَا ....

وكذا لو كان مجنوناً ولو أفاق، ثم ولدت لأقل من ستة أشهر.. لا يصح قياساً، ويصح استحساناً.

ولا بد أن تكون الأمة في ملك الابن من وقت العلوق إلى حين الدعوة، حتى لو حبلت في غير ملكه أو في ملكه وأخرجها الابن عن ملكه، ثم اشتراها.. لم تصح دعوته؛ لعدم الولاية؛ لأنه لا بد من الملك لصحة الاستيلاد، والملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق، فيستدعي قيام ولاية التملك من وقت العلوق إلى حين التملك.

ولا يشترط له دعوى الشبهة، ولا تصديق الابن؛ لأن له ولاية تملك [٣٧٨/أ] مال ابنه عند الحاجة إلى إبقاء نفسه؛ لما رواه عمرو بن شعيب مرفوعاً: «إن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم»، وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى بقاء نفسه.. فله ولاية تملك جاريته عند الحاجة إلى بقاء نسله، لكن الحاجة إلى بقاء النفس أشد من الحاجة إلى بقاء النسل، فلهذا يتملك طعام ابنه بلا قيمة، وجاريته بقيمتها؛ ولهذا قال: (**ولزمه قيمتها**) لقصور الحاجة إليها حتى لا يجبر الابن على دفع جاريته إلى أبيه ليتسرى بها الأب، ويجبر على دفع الطعام عند حاجة أبيه إليه.

(**لا مهرها**) لأن تملك الأب إياها يثبت قبيل الاستيلاد شرطاً له؛ إذ المصحّح له: إما الملك كما في المملوكة، أو حق الملك كما في المكاتبة، وكل ذلك غير ثابت للأب، فلا بدّ من تقديم التملك بطريق الاقتضاء حتى يتبين أنه وطئ ملك نفسه، فلا يجب عليه العقر.

وقال زفر والشافعي: يجب عليه العقر بناء على أن الملك ثبت حكماً للاستيلاد عندهما، وحكم الشيء يعقبه، فلا يقع الوطء في ملكه، بدليل سقوط الإحصان عنه بهذا الوطء، وقاساه بالجارية المشتركة؛ فإنه إذا استولدها.. وجب عليه العقر، فلا بدّ من اعتبار تقديم الملك على الوطء؛ صيانة للماء وتصحيحاً للاستيلاد على ما ذكرناه؛ فإذا وجب تقديمه.. لا يجب عليه العقر.

وَلَا قِيمَةُ وَلَدِهَا، وَتصيرُ أُمَّ وَلَدِهِ.

وَالْجدُّ كَالْأَبِ بعدَ مَوتِهِ، لَا قبلَهُ.

وَإِن زوَّج أمتَهُ أَبَاهُ.. جَازَ، وَعَلَيهِ مهرُهَا لَا قيمتُهَا.

(**ولا قيمة ولدها**) لما ذكرنا من أنه انعلق في ملكه، فيكون حرّاً (**وتصير أم ولده**) لما ذكرنا من صحة الاستيلاد.

(**والجدّ كالأب بعد موته لا قبله**) لقيامه مقام الأب بعد انقطاع ولاية الأب بالموت، أو الكفر، أو الرق، أو الجنون.

(**وإن زوج**) الابن (**أمته**) - غير الموطأة له؛ لأنه لو نكح أمته التي وطئها إيّاه.. لا يجوز على ما ذكر في المحرَّمات - (**أباه**) - بالباء الموحدة التحتية، أو بالمثناة التحتية - (**.. جاز**) تزويجه.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأن ماله من الحق يمنع صحة النكاح؛ لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»، ولهذا لو وطئ جارية ابنه عالماً بحرمتها عليه.. لم يلزمه الحدّ، وهذا كما لا يجوز له تزوج مكاتبة أو أمة من كسب مكاتبه؛ لما له من الحق فيها.

قلنا: إن المانع من النكاح حقيقة المال أو حقه، وكلاهما منتف عن الأب، ألا ترى أنه يجوز للابن أن يتصرف فيها بالوطء والإعتاق والبيع والرهن والهبة، ولا يجوز ذلك كله للأب؛ فلو كان فيها حق الأب.. لجاز له ذلك، وإنما له حق التملك، وذلك لا يمنع صحة النكاح، ألا ترى أن الواهب له التزوج بالأمة الموهبة، وإن كان له حق التملك بالاسترداد، وإنما لا يجوز تزوج المكاتبة لما فيها من حقيقة الملك، ولا تزوج كسبها لما فيها من حق الملك، وإنما لا يحد بوطئها؛ لشبهة صورة الإضافة إليه في الحديث؛ فإذا جاز نكاحها.. صار ماؤه مصوناً به، فلم يثبت له ملك اليمين لعدم الحاجة إليه.

(**وعليه مهرها**) لالتزامه بالنكاح، (**لا قيمتها**)؛ لما ذكرناه من عدم ثبوت ملك اليمين [٣٧٨/ب].

فَإِن أَتَت بِولدٍ.. لَا تصيرُ أُمَّ ولدٍ، وَهُوَ حرٌّ بقرابتِهِ.

حرَّةٌ قَالَت لسَيِّدِ زَوجِهَا: أعتقهُ عنِّي بِأَلفٍ، فَفعلَ.. فسدَ النِّكَاحُ؛ ولزمَها الْأَلفُ وَالْوَلَاءُ لَهَا، وَيصِحُّ عَن كفَّارتِها لَو نَوَت بِهِ.

وَإِن لم تقل بِأَلفٍ.. لَا يفسدُ، وَالْوَلَاء لَهُ، ....

(فإن أتت بولد.. لا تصير أمّ ولد)؛ لما ذكرناه من عدم ثبوت الملك.

وقال زفر: تصير أمّ ولد له؛ لأنه لو استولدها بفجور.. صارت أمّ ولد له؛ فإذا استولدها بنكاحٍ أو بشبهة نكاح.. كان أولى أن تصير أمّ ولده.

ولنا: ما ذكرناه أن ماءه صار مصوناً بالنكاح، فلا يحتاج إلى ملك اليمين.

(وهو) أي: الولد (حرّ بقرابته)؛ لأنه ملكه أخوه، فيعتق عليه؛ لما رواه الترمذي والنسائي: «من ملك ذا رحم محرم منه.. عتق عليه».

(حرّة) تحت عبد (قالت لسّيد زوجها: أعتقه عني بألف، ففعل) السيد (.. فسد النكاح).

وكذلك لو قال رجل تحته أمة لمولاها: أعتقها عني بألف، ففعل.. عتقت الأمة، وفسد النكاح، ويسقط المهر في المسألة الأولى؛ لاستحالة وجوبه على عبدها، ولا يسقط في الثانية؛ لعدم المسقط.

(ولزمها الألف والولاء لها، ويصح عن كفارتها لو نوت به).

وقال زفر: لا يفسد النكاح بناء على أن العتق يقع عن المأمور عنده دون الآمر، وعندنا بالعكس، حتى كان الولاء للآمر وخرج عن الكفارة لو نواها، وذلك لأنها أمرته بإعتاق عبده عنها، ولا يتصور ذلك إلا بتقديم ملكها فيه، فيقدر تقديمه بطريق الاقتضاء؛ كمن قال لامرأته: اعتدى ونوى الطلاق؛ فإنه يقع؛ لأنه لا صحة للاعتداد إلا بتقديم الطّلاق، فوجب تقديمه اقتضاء تصحيحاً للكلام، فكان قوله: «أعتق بألف» طلب التمليك بألف، ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه، وقوله: «أعتقت» تملكياً منه، ثم الإعتاق عنه، وإذا ثبت الملك للآمر.. فسد النكاح؛ للتنافي بين الملكين.

(وإن لم يقل بألف.. لا يفسد) النكاح، (والولاء له) أي للمأمور عندهما.

خلافاً لِأَبِي يُوسُفَ.

وللمولى إِجْبَارُ عَبدِهِ وَأَمَتِهِ على النِّكَاحِ، ....

(خلافاً لأبي يوسف) قال: هي والأولى سواء، فيفسد النكاح؛ فيعتق عنها، والولاء لها، وسقط المهر؛ لأن التمليك بغير عوض يقدم عنده على طريق الهبة تصحيحاً لتصرف الآمر، ويسقط اعتبار القبض؛ لأنه شرط في الهبة، وقد أمكن تصحيح التصرف بإسقاط القبول الذي هو الركن في البيع، فلأن يمكن بإسقاط الشرط.. أولى، فصار كما إذا كان عليه كفارة ظهار، فأمر غيره أن يطعم عنه ففعل.. سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما إذا كان الطلب بعوض أو بغير عوض.

ولهما: أن الهبة من شرطها القبض بالبعض، فلا يمكن إسقاطه، ولا إثباته اقتضاء؛ لأنه فعل حسي ليس من جنس القول، فلا يثبت في ضمن قوله: «أعتقت»، ولا يمكن اعتبار سقوطه أيضاً، بخلاف البيع؛ لأنه تصرف شرعي يصح أن يثبت في ضمنه.

وفي مسألة الأمر بالإطعام، الفقير ينوب عن الأمر في القبض؛ كالفقير في الزكاة ينوب قبضه عن الله تعالى، ثم يصير قابضاً لنفسه؛ أما العبد.. فلا يقع في يده شيء؛ لأن الإعتاق إتلاف للملك، فلا ينوب عن الأمر.

(**وللمولى إجبار عبده وأمته**)، صغيراً أو كبيراً [٣٧٩/أ]، قنّاً أو مدبّراً أو أمّ ولد، على ما في «البحر»؛ لأن ولاية الإجبار في المملوك تعتمد على كمال الملك لا على كمال الرق، والملك كامل في المدبّر وأمّ الولد.. فيملك إجبارهما أيضاً (**على النكاح**)؛ أي: إذا باشر النكاح بدون رضاهما.. نفذ.

وقال الشافعي: لا إجبار في العبد، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن النكاح من خصائص الآدميّة، والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال، فلا يملك إنكاحه، بخلاف الأمة؛ لأنه مالك منافع بضعها، فيملك تمليكها.

دونَ مكَاتَبِهِ ومكاتَبَتِهِ.

ولنا: أن الإنكاح ملكه؛ لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان، فيملكه اعتباراً بالأمة.

(**دون مكاتبه ومكاتبته**)؛ لأنهما التحقا بالأحرار تصرفاً، فيشترط رضاهما، ولهذا قال في «النهاية» و«الخلاصة»: إن المولى إذا زوج مكاتبته الصّغيرة.. يوقف النكاح على إجازتها؛ لأنها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة، ثم إنها لو لم ترد حتّى أدت بدل الكتابة فعتقت.. بقي النكاح موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتها؛ لأنها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة، والصغيرة ليست من أهل الإجازة، وهذا من ألطف المسائل، وقد ذكرناه في أول الباب أيضاً.

واعلم: أن من لا يملك إعتاق العبد.. لا يملك تزويجه أيضاً، بخلاف الأمة؛ فالأب، والجد، والوليّ، والقاضي، والوصي، والمكاتب، والشريك المفاوض.. يملكون تزويج الأمة لا العبد.

والعبد المأذون، والصبي المأذون، والمضارب، والشريك شركة عنان.. لا يملكون تزويجها أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد، على ما صرّح به في «البزازية» و«الخلاصة».

وفيها أيضاً: لو زوّج الأب أو الوصي أمة الصبي من عبده.. لا يجوز، ولو زوج الرجل أمته من عبده.. يجوز ويجب المهر، ثم تسقط نفقتها عن الزوج على المولى.

* * *

(بَابُ نِكَاحِ الْكَافِرِ)

إِذا تزوَّجَ كَافِرٌ بِلَا شُهُودٍ أَو فِي عِدَّةِ كَافِرٍ وَذَلِكَ جَائِزٌ فِي دِينِهِم ثُمَّ أَسلما.. أُقِرَّا عَلَيْهِ، خلافاً لَهما فِي الْعِدَّةِ.

بَابُ نِكَاحِ الكَافِرِ

(إذا تزوج كافر بلا شهود، أو في عدّة كافر) قيل: إنما قيّد بعدّة كافر؛ لأنه لو كان في عدّة مسلم.. كان النكاح فاسداً بالإجماع.

ورد بأنّ الكلام في نكاح أهل الشرك، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدّته، ويجوز أن يصوّر المسألة بأن أشركت بعد الطلاق، وهي في عدّة المسلم.

(وذلك) أي: النكاح المذكور (جائز في دينهم، ثم أسلما.. أقرا) أي: المتزوجان (عليه) أي: على النكاح السابق عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما في العدة).

وخلافاً لزفر في الوجهين.

له: أن الخطابات مثل قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بشهود» ونحوه عامة، فيلزمهم الأحكام كلها، فيفسد النكاح في الوجهين، إلا أنا لا نتعرّض لهم لالتزامهم الذمة إعراضاً عنهم لا تقريراً لهم؛ كما تركناهم وعبادة الصنم إعراضاً؛ فإذا ترافعوا وأسلموا والحرمة قائمة.. وجب التفريق.

ولهما: أن النكاح في العدة لا يجوز بالإجماع، وقد التزموا أحكامنا فتلزمهم العدة، والنكاح بغير شهود مختلف فيه؛ فإن مالكاً وابن أبي ليلى يجوّزانه، ولم يلتزموا أحكامنا بجميع [٣٧٩/ب] الاختلافات.

ولأبي حنيفة: أن حرمة النكاح إنما هي للعدّة، وثبوت العدّة؛ إما لحق الشرع، أو لحق الزوج، لا سبيل إلى الأول؛ لأنهم لا يخاطبون بحقوقه، ولهذا لم يتعرض لهم في الخمر والخنزير، ولا إلى الثاني؛ لأنه لا يعتقده على ما هو المفروض، فكأن

وَلَو تزوَّجَ الْمَجُوسِيُّ مَحرَمَهُ ثمَّ أَسلما أَو أَحدُهمَا.. فُرِّق بَينهمَا.
وكذ لَو ترافعا إِلَيْنَا.
وبمرافعةِ أَحدِهمَا.. لَا يُفرِّقُ، خلافاً لَهما.

النكاح وقع ابتداء صحيحاً؛ لوجود المقتضي وهو صدور الركن من أهله مضافاً إلى محلّه وانتفاء المانع.

بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم؛ فإن المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة، وإذا صحّ ابتداء.. لا يرتفع بالإسلام والمرافعة؛ لأن ذلك حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً في البقاء، وكذا العدة لا تنافي حالة البقاء؛ كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة.. تجب عليها العدة صيانة لحق الوطء، ولا يبطل النكاح القائم، وهذا إشارة إلى أن العدّة لا تجب على الكافر.

وقال بعضهم: تجب، لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح؛ بناء على اعتقادهم؛ كالاستبراء فيما بيننا، والأول أصح على ما في «العناية».

(**ولو تزوج المجوسي محرمه**) من أمّه أو ابنته أو أخته (**ثم أسلما أو أحدهما.. فرق بينهما**) بالإجماع؛ لأن لنكاح المحارم حكم البطلان عندهما كما قال في المعتدة، وإذا أسلم.. وجب التعرض به والتفريق. وعند أبي حنيفة؛ له حكم الصحة على الأصح؛ بناء على ما مر أن الحرمة إما لحق الشرع، أو لحق الزوج، لا سبيل إلى كل منهما.. إلخ، إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح.

كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة، فيفرق بينهما، بخلاف العدة؛ لأنها لا تنافي البقاء على ما ذكرناه.

(**وكذا**) أي فرق بينهما بالاتفاق (**لو ترافعا**) معاً (**إلينا**)؛ لما ذكرناه.

(**وبمرافعة أحدهما لا يفرق**) عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما**) حيث قالا يفرق بينهما أيضاً؛ لأنه برفعه انقاد لحكم الإسلام؛ كما إذا أسلم أحدهما.

وله: أن استحقاق أحدهما لا يبطل برفع صاحبه؛ إذ لا يتغيّر به اعتقاده، بل

يعارضه، بخلاف الإسلام؛ فإن اعتقاد المصر لا يعارض إسلام المسلم؛ لأن الإسلام يعلو ولا يعلى؛ وكذا الحكم اختلافاً واتفاقاً فيما لو تزوج المجوسي خامسة أو جمع بين الأختين، ثم أسلما أو أحدهما، أو ترافعا أو أحدهما.

واعلم: أن الحربي إذا تزوج خمس نسوة أو بأختين، ثم أسلم وأسلمن معه.. فإن تزوّجهنَّ في عقد واحد.. بطل نكاحهنّ، وإن في عقود متفرقة.. صحّ نكاح الأربع الأُوَل وبطل نكاح الخامسة.

وكذا الحكم في الأختين؛ إن تزوجهما في عقد واحد.. بطل نكاحهما، وإن في عقدين.. بطل الثاني، هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد والشافعي: يختار أربعاً من الخمس، وواحدة من الأختين؛ سواء تزوجهما في عقد أو في عقود.

وقال محمد في «السِّيَر الكبير»: ولو كانت هذه العقود فيما بين أهل الذمة.. كان الجواب على ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وعلى هذا لو أسلم الزوج وتحته أم وبنت وأسلما معه؛ فإن كان تزوجهما في عقد واحد.. بطل نكاحهما، ثم ينظر:

إن لم يكن دخل بها.. فله [٣٨٠/أ] أن يتزوج الابنة دون الأم، **وإن كان دخل بها**.. لم يكن له أن يتزّوج بواحدة منهما؛ وكذلك إن دخل بالأم وحدها.

وإن كان دخل بالابنة وحدها.. فله أن يتزوج الابنة دون الأم.

وإن كان تزوّجهما في عقدين.. فنكاح الأولى جائز والثاني فاسد إذا لم يدخل بهما أو دخل بالأولى.

وإن كان دخل بالثانية؛ **فإن كانت الأولى بنتاً**.. فسد نكاحهما، **وإن كانت أماً**.. فنكاح الابنة صحيح على قولهما.

وأما على قول محمّد؛ فسواء تزوّجهما في عقدين أو في عقد.. فنكاح الابنة صحيح، إلا إن كان دخل بالأم.. فحينئذٍ يفرق بينه وبينهما إذا كان دخوله بالأمّ بعدما

والطِّفلُ:

مُسلمٌ إِن كَانَ أحدُ أَبَوَيْهِ مُسلماً، أَو أسلمَ أَحدُهمَا.

وكتابيٌّ إِن كَانَ بَين كتابيٍّ ومجوسيٍّ.

وَلَو أَسلمت زَوْجَةُ الْكَافِرِ أَو الْمَجُوسِيَّةِ.. عُرِضَ الْإِسْلَامُ على الآخرِ؛ فَإِن أَسلمَ.. فهي لهُ، وَإِلَّا.. فُرِّق بَينهمَا.

تـزوج الابنـة؛ فـإن كـان قبـل أن يتـزوج الابنـة.. فنكـاح الأم صـحيح، كـذا فـي «التاتارخانية».

(**والطفل مسلم إن كان أحد أبويه مسلماً، أو أسلم أحدهما**)؛ لأن جعله تابعاً خيرا لأبوين ديناً انظر له، هذا إذا لم يختلف الدار؛ بأن كانا في دار الإسلام، أو في دار الحرب، أو كان الصغير في دار الإسلام وأسلم الوالد في دار الحرب؛ لأنه من أهل دار الإسلام حكماً.

وأما إذا كان الولد في دار الحرب والوالد في دار الإسلام.. لا يتبعه ولده، ولا يكون مسلماً؛ لأنه لا يمكن أن يجعل الوالد من أهل دار الحرب، بخلاف العكس.

(**وكتابي**) - أي: الطفل كتابي - (**إن كان بين كتابي ومجوسي**)؛ لأن المجوسي شرّ من الكتابي؛ لأن له ديناً سماويّاً حتى تؤكل ذبيحته، ويجوز نكاح نسائهم للمسلمين، بخلاف المجوسي.

وقال الشافعي: يكون مجوسيّاً؛ لأن المعارضة قد تحققت فيه، فأحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحلّ، فيغلب الحرمة، بخلاف ما إذا كان أحدهما مسلماً؛ لأن الكفر لا يعارض الإسلام.

قلنا: إن حلّ الذبيحة والمناكحة من أحكام الإسلام، فيترجح بهما كما يترجح بالإسلام، فلا تتحقق المعارضة بينهما أيضاً.

(**ولو أسلمت زوجة الكافر أو المجوسية.. عرض الإسلام على الآخر؛ فإن أسلم.. فهي له، وإلا.. فرّق بينهما**).

فَإِن أَبى الزَّوْجُ.. فالفرقةُ طَلَاقٌ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

واعلم: أن الزوجين؛ إما أن يكونا مجوسيين، أو كتابيين، أو الزوج مجوسي والزوجة كتابية، أو بالعكس.

فعلى الأوّل: أيّهما أسلم.. عرض الإسلام على الآخر.

وعلى الثاني: إن أسلمت هي.. فكذلك عرض على الزوج، لا إن أسلم الزوج.

والثالث كالثاني والرابع كالأوّل هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يعرض الإسلام على الآخر؛ لأن فيه تعريضاً لهم، وقد ضمنا بعقد الذمية أن لا نتعرض لهم إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام، وبعده متأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض التفريق كما في الطلاق، حيث ينقطع قبل الدخول بنفسه، وبعده لا ينقطع حتى تنقضي عدّتها.

قلنا: إن عمر بن الخطاب فرق بين نصراني ونصرانية بإبائه عن الإسلام على ما ذكره الطحاوي، ولم ينكره أحد من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً، ولأن الإسلام لا ينفي مقاصد النكاح بينهما وهو الملك والازدواج [٣٨٠/ب]، فلا بدّ من سبب يبتنى عليه فوات الملك، والإسلام طاعة لا يصلح سبباً للانقطاع؛ لثبوت العصمة به.

وكذا كفر المصرِّ لاينافيه كما في حالة الابتداء، وفي حالة البقاء قبل الإسلام.

وكذا اختلاف الدين لا ينافيه؛ كما لو كان هو مسلماً وهي كتابية، فيعرض الإسلام بلا إكراه لتحصل المقاصد بالإسلام، أو الفرقة بالإباء؛ فإنه معصية تناسب زوال العصمة.

(**فإن أبى الزوج**) سواء كان بالغاً أو صبيّاً مميزاً؛ لأن إيمان الصبي وردّته معتبر، وإنما لم يقتل بالردة؛ لعدم أهليته بالتجربة، وإنما لم يقتل بعد البلوغ؛ لأن اختلافهم في صحة إسلامه حال الصبي شبهة في إسقاط القتل.

(**فالفرقة طلاق**) فيلزمها العدة لو كانت مدخولة بها؛ لأنها بالإسلام التزمت أحكامه، بخلاف الذمية التي طلقها زوجها الذمي على ما سيأتي في آخر العدّة.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأن الفرقة صارت بسبب يشترك فيه الزوجان وهو الإباء،

لَا إِن أَبَت هِيَ.

وَلها الْمهْرُ لَو بعدَ الدُّخُولِ، وَإِلَّا.. فنصفُهُ لَو أَبى.

وَلَا شَيْءَ لَو أَبَت.

وَلَو كَانَ ذَلِك فِي دَرَاهِم.. لَا تبينُ ....

وكل فرقة كذلك.. لا تكون طلاقاً؛ لعدم تصوره من المرأة.. ولهما: أن بالإباء امتنع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته بالإسلام، فينوب القاضي منابه في التسريح بإحسان كما في الجب والعنّة؛ فإن التفريق بسببهما طلاق، فيفرق بينهما.

(لا إن أبت هي)؛ لأن الطلاق لا يتصور من جانبها حتى ينوب القاضي منابها في الطلاق، فلا تكون الفرقة من جانبها طلاقاً.

وأطلق في الزوج فشمل الصغير والمجنون؛ لأن إباء الصغير العاقل والمجنون: طلاق على ما صرّح به في «الزيلعي» و«البحر»، مع أن الطلاق منهما لا يصح.

قالوا: وهي من أغرب المسائل؛ حيث يقع الطلاق منهما.

وفي «الزيلعي»: ونظيره إذا كانا مجنونين أو كان المجنون عنيناً؛ فإن القاضي يفرق بينهما ويكون طلاقاً اتفاقاً.

وتحقيقه: أن الصبي والمجنون أهلان للوقوع لا للإيقاع، بدليل أن الصبي إذا ورث قريبه.. يعتق عليه، وما نحن فيه وقوع الإيقاع؛ كما لو علق الزوج الطلاق بشرط وهو عاقل، ثم جنّ، ثم وجد الشرط.. وقع عليه وهو مجنون؛ لكونه أهلاً للوقوع.

(ولها) أي لتلك المرأة (المهر لو) وقعت الفرقة التي كانت بالإباء (بعد الدخول)؛ لأنه تأكد بالدخول، (وإلا) أي: إن وقعت الفرقة قبل الدخول (.. فنصفه لو أبى) الزوج، (ولا شيء لها لو أبت)؛ لأنها فوّتت المبدل قبل تأكد البدل، فأشبه الردة والمطاوعة.

(ولو كان ذلك) أي: إسلام أحد الزوجين المجوسيين أو الكتابيين، أو أحدهما مجوسي والآخر كتابي (في دارهم) أي دار الحرب (لا تبين) أي المرأة المسلمة

حَتَّى تحيضَ ثَلَاثاً قبلَ إِسْلَامِ الآخرِ.

(حتى تحيض ثلاثاً) إن كانت ذات حيض، أو تمضي عليها ثلاثة أشهر إن كانت لا تحيض (قبل إسلام الآخر)؛ فإن حاضت ثلاثاً أو مضى ثلاثة أشهر.. بانت؛ لأن الإسلام ليس سبباً للفرقة؛ لكونه نعمة، والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية، ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد، فأقمنا شرطها [٣٨١/أ] وهو مضي الحيض أو ثلاثة أشهر مقام السبب وهو تفريق القاضي عند إبائه؛ كما في حفر البئر إذا وقع فيها إنسان، ولم يمكن إضافة الحكم إلى العلة فأضيف إلى الشرط وهو الحفر.

قال في «الزيلعي»: وهذه الحيض لا تكون عدة، ولهذا استوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها، ثم إذا كان ذلك قبل الدخول.. فلا عدة عليها، وإن كان بعد الدخول والمرأة حربيّة.. فكذلك بالإجماع؛ لأن حكم الشرع لا يثبت في حقها، وإن كانت هي المسلمة.. فكذلك الجواب عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي، وعندهما: تجب عليها العدّة.

وأصل هذا الخلاف في المهاجرة إذا خرجت إلى دار الإسلام مسلمة أو ذمية، وسيأتي البيان فيها.

ثم إذا وقعت الفرقة بمضي ثلاث حيض، هل يكون طلاقاً أم لا؟

ذكر في «السّير الكبير»: أنه يكون طلاقاً عندهما؛ لأن انصرام هذه المدة جعل بدلاً عن قضاء القاضي، والبدل قائم مقام الأصل.

وروي عنهما: أنها فرقة بغير طلاق؛ لأن هذه فرقة وقعت حكماً بلا تفريق القاضي، فكان بمنزلة ردّة الزوج، وملِكِه امرأته.

وكذا إذا خرج أحدهما إلى دار الإسلام بعد إسلام أحدهما في دار الحرب؛ فما لم يجتمعا في دار الإسلام.. لا يعرض على المصر؛ سواء خرج المسلم أو الآخر. انتهى.

وَإِن أَسلمَ زوجُ الْكِتَابِيَّة.. بَقِي نِكَاحُهُما.

وتباينُ الدَّارَيْنِ سَبَبُ الْفِرْقَةِ لَا السَّبيُ.

فَلَو خرجَ أَحدُهمَا إِلَيْنَا مُسلماً، أَو أَخرجَ مَسبيّاً.. بَانَتْ.

وَإِن سُبيا مَعاً.. لَا.

واحترز بقوله: «وإن كانت هي المسلمة» عما كان الزوج هو المسلم؛ لأنه حينئذ لا عدة عليها بالاتفاق.

ثم كون المدخول بها وغير المدخول بها مستوية مذهبنا.

وقال الشافعي: إن كان إسلام أحدهما قبل الدخول بها.. وقعت الفرقة بالإسلام في الحال، وإن كان بعد الدخول.. يتوقف على مضي ثلاث حيض.

(**وإن أسلم زوج الكتابية.. بقي نكاحهما**)؛ لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء؛ فلأن يبقى بعده أولى؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء.

احترز به: عما أسلم زوج المجوسية؛ لأن حكمه أن يعرض الإسلام على الزوجة؛ فإن أسلم.. فبها، وإلا.. فرّق بينهما على ما مر آنفاً.

(**وتباين الدارين سبب الفرقة لا السّبي، فلو خرج أحدهما**) من دار الحرب (**إلينا**) إلى دار الإسلام (**مسلماً**) حقيقة أو حكماً - فيشمل الذمي أيضاً - (**أو أخرج**) أحدهما (**مسبياً.. بانت، وإن سبيا معاً.. لا**).

وخالفنا الشافعي فيها وقال: سبب الفرقة هي السبي لا تباين الدارين حتى قال: تقع الفرقة بينهما بالسبي ولو سُبيا معاً، ولا يقع بالتباين؛ لأن السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي، ولهذا لا يبقى الدين الذي كان على المسبي، ولو بقي النكاح بينهما.. لامتنع الصّفاء.

أما تباين الدارين.. فتأثيره في انقطاع الولاية، وانقطاعها لا تأثير له في إبطال النكاح؛ كالحربي المستأمن، أو المسلم المستأمن، لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته وإن تباينت دارهم حقيقة.

وَمَن هَاجَرت إِلَيْنَا.. بَانَتْ، وَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا، خلافاً لَهما.

وكذا الخروج من منعة أهل البغي إلى منعة أهل العدل أو بالعكس.. لا يقع به الفرقة.

ولنا: أن مع التباين حقيقة أو حكماً لا تنتظم المصالح، والنكاح [٣٨٧/ب] شرع لمصالحه لا لعينه، فلا يبقى عند عدمها؛ كالمحرمية إذا اعترضت عليه، وهذا لأن أهل الحرب كالموتى، ولهذا لو التحق بهم المرتد.. تجري عليه أحكام الموتى، فلا يشرع النكاح بين الحي والموتى، بخلاف المستأمن؛ لأن تباين الدار فيه لم يوجد حكماً؛ لقصده الرجوع إلى داره؛ إذ هو لم يدخل للقرار.

وأما منعة أهل البغي.. فهي في دار الإسلام، فلم تختلف الدار، والسبي سبب موجب لملك الرقبة قصداً، وملك المتعة ثبت تبعاً لا مقصوداً، فلا يكون مبطلاً للنكاح كالشراء، وهذا لأن ملك البضع مقصوداً يختص بشرطه كالشهود، وفي السبي لا يشترط ذلك، وإنما يثبت ملك المتعة فيه تبعاً لملك الرقبة إذا كان فارغاً، حتى لو كان مالك النكاح محترماً بأن كان مسلماً أو ذمياً.. لا يبطل النكاح بالاتفاق مع تحقق السبي فيه أيضاً، ولو كان السبي سببا للفرقة.. لما اختلف بين المحترم وغير المحترم، ولأن السبي لا ينافي النكاح ابتداء، حتى لو زوّج أمته.. جاز على ما في «العناية»، فكذا لا ينافيه بقاء كسائر أسباب الملك.

وأما الدين؛ فإن كان على عبد.. لم يسقط، وإن كان على حرّ.. يسقط؛ لأن الحرّ كان دينه ثابتاً في ذمّته، فلو بقي بعد السبي.. لوجب في رقبته، ولا يمكن إبقاؤه بالصفة التي وجبت، بخلاف دين العبد؛ لأن صفته لا تختلف.

(**ومن هاجرت**) أي: تركت دار الحرب (**إلينا**) مسلمة أو ذمية على قصد أن لا ترجع أبداً (**بانت**) من زوجها وجاز تزوجها (**ولا عدة عليها**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**) قالا: عليها العدة؛ لأن الفرقة وقعت بعد أن دخلت في دار الإسلام، وكل فرقة كذلك.. يلزمها حكم الإسلام كالمسلمة والذمية.

وارتدادُ أَحدِ الزَّوْجَيْنِ.. فسخٌ.

وَعند مُحَمَّد: ارتدادُ الرَّجلِ طَلَاقٌ.

ولأبي حنيفة: أن العدة لإظهار خطر ملك النكاح، ولا خطر لملك الحربي، ولهذا لا تجب العدة على المسبية بالاتفاق.

لكنها لو كانت حاملاً.. لم تتزوج حتى تضع حملها.

وعن أبي حنيفة: أنه يصح النكاح أيضاً، ولا يقربها زوجها حتى [تضع] حملها؛ لأنه لا حرمة للحربي.. فجزؤه أولى؛ كما في الحبل من الزنا، والأول أصح؛ لأنه ثابت النسب؛ فإذا ظهر الفراش في حق النسب.. يظهر في المنع عن النكاح أيضاً احتياطاً؛ كأمّ الولد إذا حبلت من مولاها.. لا يزوجها حتى تضع.

فإن قيل: الهجرة أورثت تباين الدارين، وهو لا يربو على الموت، ولو مات.. وجبت العدة فلتجب مع الهجرة أيضاً.

أجيب: بأن الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكماً، فلزمتها العدة بحكم الملك؛ وأما تباين الدارين.. فيسقطها حقيقة وحكماً، فيزول ملكه لا إلى أثر.

والحاصل: أن التباين يربو على الموت، ألا ترى أنه يمنع التوارث، والموت يوجبه.

(**وارتداد أحد الزوجين فسخ**) في الحال عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ أي: لا يتوقف على مضي ثلاث حيض في المدخول بها كما قال الشافعي، ولا على القضاء.

(**وعند محمد: ارتداد الرجل طلاق**) اعتباراً بإبائه، والجامع: أنه امتنع عن الإمساك بالمعروف على ما مر [٣٨٨/أ] في الإباء، وأبو يوسف مر على أصله في الإباء، وهو أن الفرقة بسبب يشترك فيه الزّوجان، والطّلاق ممّا يختص بالزوج، وأبو حنيفة فرّق بين الإباء والارتداد، فجعل الفرقة بإبائه طلاقاً دون ردته؛ بناء على أن الرّدة منافية للنكاح؛ لكونها منافية للعصمة؛ لأنها تبيح النفس والمال وتبطل الملك

والنكاح، والطلاق ليس بمناف للنكاح، بل رافع له بعد تحققه، فلا تكون الردة طلاقاً.

بخلاف الإباء؛ لأنه يفوت الإمساك بالمعروف، فيجب التسريح بالإحسان على ما مرّ، ولهذا تتوقّف الفرقة بالإباء على القضاء، ولا تتوقف بالردة.

فإن قيل: إن الردة لا تنافي ملك العين، بل تصيّره موقوفاً، فما بال النكاح لا يكون كذلك.

أجيب: بأن ما يرجع إلى المحلّ فالابتداء والبقاء فيه سواء، والردة تنافي ملك النكاح ابتداء فكذا بقاء، وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء.

فإن قيل: إنها لو كانت منافية للنكاح.. لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة؛ كما في المحرمية، لكنه يقع بالاتفاق.

أجيب عنه: بأن وقوع الطّلاق تابع لإمكان ظهور أثره، وحيث كانت المحلية متصوّرة العود بالتوبة.. أمكن ظهور أثره، وكان معتبراً، بخلاف المحرميّة؛ فإن المحلية غير متصورة ابتداء، فلا يمكن ظهور أثره، وعن هذا قالوا: إذا ارتد الرّجل ولحق بدار الحرب.. لم يقع على المرأة طلاقه؛ لأن تباين الدارين مناف للنكاح، فكان منافياً للطلاق الذي هو من أحكام النكاح؛ فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة.. وقع عليها الطلاق؛ لأن المنافي قد ارتفع، ومحلية الطلاق بالعدّة وهي قائمة، فيقع.

وإذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب.. لم يقع طلاق الزوج عليها؛ لأن العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية؛ لأن من كان في دار الحرب فهو كالميّت في حق العدّة، وبقاء الشيء في غير محله مستحيل، والعدة متى سقطت.. لا تعود إلا بعود سببها.

بخلاف الفصل الأول؛ لأن العدة هناك باقية ببقاء محلّها؛ لكونها في دار

وللموطوءَةِ الْمهْرُ، ولغيرها: نصفُهُ إِنِ ارْتَدَّ.

وَلَا شَيْءَ لَهَا إِنِ ارْتَدَّت.

وَإِن ارتدا مَعاً وأسلما مَعاً.. لَا تبينُ.

الإسلام، إلا أن تباين الدارين كان مانعاً من وقوع الطلاق؛ فإذا ارتفع والعدة باقية.. وقع هذا، وإن كان يشبه تخصيص العلة، لكن المخلص معروف.

واعلم: أنّ ما اختاره المصنف هو جواب ظاهر الرواية.

وقال ابن أبي ليلى: لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد؛ فإن تاب.. فهي امرأته، وإلا.. فرق وجعل كالإباء.

ونحن نقول: الارتداد ينافيه، واعتراض المنافي يوجب الفرقة كالمحرمية، بخلاف ما إذا أسلم أحدهما على ما تقدّم.

وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم الفرقة بارتداد المرأة حسماً لباب المعصية.

وعامتهم على أنه تقع الفرقة وهو الصحيح، إلا أنها تجبر على الإسلام والنكاح مع زوجها الأوّل.

ومشايخ بخارى على هذا. كذا في «التاتارخانية».

(**وللموطوءة المهر**) أي: كله، وكذا عليها [٣٨٨/ب] العدّة بثلاث حيض لو كانت ممن تحيض، وبثلاثة أشهر لو آيسة أو صغيرة، وبوضع الحمل لو حاملاً، ارتدّ هو أو ارتدت هي على ما في «البحر» عن «الفصولين».

(**ولغيرها: نصفه إن ارتد**) الزوج.

(**ولا شيء لها**) من المهر والنفقة (**إن ارتدت**) المرأة ولم يدخل بها؛ لأن الفرقة كانت من قبلها فصارت كالناشزة.

وإن دخل بها.. فلها المهر أيضاً لتأكده بالدخول، وعليها العدة لما ذكرناه.

(**وإن ارتدا معا وأسلما معا.. لا تبين**)، بل يبقيان على نكاحهما استحساناً.

وَإِن أَسلما متعاقبينِ.. بَانَتْ.
وَلَا يَصحُّ تزوُّجُ الْمُرْتَدِّ وَلَا الْمُرْتَدَّةِ أَحداً.

وقال زفر: يبطل، وهو القياس؛ لأن ردّة أحدهما منافية، وفي ردتهما ردة أحدهما وزيادة، فكان أولى.

ولنا: ما روي أن بني حنيفة ارتدوا معاً، وبعث إليهم أبو بكر الصديق الجيوش، فأسلموا ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة، والصحابة متوافرة.. فحل ذلك محل الإجماع، فيترك به القياس.

(**وإن أسلما متعاقبين.. بانت**) كما لو أسلم أحدهما فقط، وهذا؛ لأن إصرار الآخر على الارتداد المنافي للنكاح.. صار كإنشاء الردة منه ابتداء.

(**ولا يصح تزوج المرتد، ولا المرتدة أحداً**) للتنافي بينهما.

وفي «التاتارخانية» نقلاً عن أبي بكر الإسكاف: امرأة ارتدت لتفارق زوجها، تجبر على الإسلام، وتعزر خمسة وسبعين سوطاً، وليس لها أن تتزوج إلّا بزوجها الأول، وبه أخذ أبو جعفر وأبو الليث. انتهى.

وفيه أيضا عن «جامع الجوامع»: ارتدت ولحقت بدار الحرب.. جاز التزوج بأختها، وقالا: لا يجوز بناء على أنه لا عدة عنده، ولو رجعت.. فسدت في إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي أخرى: لا.

إذا بلغت الصغيرة فعرفت الإسلام؛ فإن قالت: أنا أعرف الإسلام وأقدر على وصفه، إلّا أني لا أصفه، أو قالت: أنا أعرف الإسلام، ولكن لا أقدر على الوصف.. ففي الصورتين هل تبين من زوجها؟

قيل: يجب أن يكون فيه اختلاف المشايخ، فعلى قول من يشترط الإقرار باللسان: تبين من زوجها، ولو كانت هاتان اللتان بلغتا قد عقلتا الإسلام أو الكفر قبل أن تبلغا، ولكن لم تصفا ذلك ولا غيره.. لم تبن واحدة منهما من زوجها.

وفي «الخانية»: وهذا دليل على أن من صدق قلبه كان مسلماً، وإن لم يقر بلسانه على ما روي عن أبي حنيفة، وبه أخذ الإمام أبو منصور الماتريدي وهو مذهب الشيخ أبي الحسن الأشعري، وعامة مشايخنا قالوا: لا، بل الإقرار باللّسان شرط لصيرورته مسلماً، وقد حقّقنا هذه المسألة فيما رتبناه وشرحناه في العقائد.

* * *

(بَابُ الْقَسْمِ)

يجبُ الْعدْلُ فِيهِ بيتوتةً لَا وطئاً.

وَالْبكْرُ وَالثَّيِّبُ، والجديدةُ والقديمةُ، والمسلمةُ والكتابيةُ فِيهِ سَوَاءٌ.

باب القَسْم

هو بفتح القاف وسكون السين مصدر: «قسم القسّام المال بين الشركاء»، ومنه: القسم بين النساء. كذا في «المغرب».

(يجب العدل فيه) أي في القسم **(بيتوتة)** وملبوساً ومأكولاً ومشروباً. **(لا وطأً)** ومحبة؛ لأنها تبتنى على النشاط **(والبكر والثيب، والجديدة والقديمة، والمسلمة والكتابية)**، والمراهقة والبالغة، والعاقلة والمجنونة التي لا تخاف منها، والحائض والنفساء، والحائل والحامل [٣٨٩/أ] التي لا يمكن وطؤها، والصحيحة والمريضة والرتقاء، والمولى منها والمظاهر منها **(فيه سواء)**.

وقال الشافعي: إذا كانت الجديدة بكراً - يفضلها بسبع ليال، وإن كانت ثيباً.. فبثلاث، ثم التسوية بعده؛ لأن القديمة قد ألفت صحبته، والجديدة لا، فيفضلها بزيادة الصحبة، وللبكر زيادة نفرة من الرجال.. فيفضلها بسبع ليال.

ولنا: إطلاق قوله ﷺ: «من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم.. جاء يوم القيامة وشقه مائل» رواه أبو داود.

وعن عائشة أن النبي ﷺ كان يعدل في القسم بين نسائه، وكان يقول: «اللّهمّ هذا قسمي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما لا أملك»؛ يعني زيادة المحبة، رواه النسائي وابن ماجه.

ولأن القسم من حقوق النكاح، فلا تفاوت بينهن في ذلك.

والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج؛ إن شاء يبيت بكلّ منها ليلة ليلة أو فصاعداً؛ لأن المستحق هو التسوية دون طريقه؛ لأن تعيين الطريق غير معتبر.

وللأَمةِ وَالْمُكَاتبَةِ والمدبَّرةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ: نصفُ الْحرَّةِ.

وَلَا قَسْمَ فِي السَّفرِ، فيسافرُ بِمن شَاءَ، والقُرعةُ أَحبُّ.

وَإِن وَهبت قَسمهَا لضَرَّتِها.. صَحَّ.

وَلها أن ترجعَ.

(**وللأمة والمكاتبة والمدبرة وأمّ الولد نصف الحرة**) على ما ورد به الأثر، ولأن حل الأمة أنقص من حلّ الحرة، فلا بدّ من إظهار النقصان:

في الحقوق من القسم، والطلاق والرق قائم في المكاتبة وأختها.

وفي الغاية: بخلاف النفقة والكسوة والسكنى؛ فإنها مبنية على الكفاية، فتجب على السوية.

وتعقبه في «الزيلعي» بأن هذا لا يتمشى على قول من يعتبر النفقة بحالها، وهو المختار، وإنما يتمشى على قول من يعتبر النفقة بحال الرجل فقط.

(**ولا قسم في السفر، فيسافر بمن شاء، والقرعة أحبّ**).

وقال الشافعي: القرعة مستحقة؛ لما روي أنه ﷺ كان إذا أراد سفراً.. أقرع بين نسائه، إلا أنا نقول: إن القرعة لتطيب قلوبهن، فكانت من الاستحباب؛ لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج، حتى جاز له أن لا يستصحب واحدة منهن، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن، ولا يحتسب عليه بتلك المدة من نوبتها على ما في «الزيلعي».

(**وإن وهبت قسمها لضرتها.. صح، ولها أن ترجع**)؛ لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد، فلا يسقط؛ لأنه في الحقيقة امتناع لا إسقاط.

* * *

(كتاب الرضاع)

(كتَابُ الرَّضَاعِ)

هُوَ مصُّ الرَّضِيعِ، مِن ثديِ الْآدَمِيَّةِ، فِي وَقتٍ مَخْصُوصٍ.

وَيثبتُ حكمُهُ بقليلِهِ وَكَثِيرِهِ . ...

كِتَابُ الرَّضَاع

هو بفتح الراء، وبكسرها لغة، **وهو في اللغة:** مصّ اللبن من الثدي مطلقاً، **وفي الشريعة:** (**هو مصّ الرضيع**)، يقال: رضع الصبي رضعاً فهو راضع ورضيع، وذكر المص خارج مخرج الغالب، وإلا.. فالحرمة ثابتة بغير المصّ أيضاً على ما سيأتي.

(**من ثدي الآدميّة**) ميتة كانت الآدمية أو حية، خلافاً للشافعي قال: لا يثبت الرضاع في لبن الميتة على ما في «الخانية».

وكذا تثبت حرمة الرضاع، ولو كانت الآدمية نائمة على ما في «الأشباه» من الفن الثالث.

(**في وقت مخصوص**) أي: في مدة الرضاع، ولكل قيد فائدة ستظهر.

(**ويثبت حكمه**) أعني: الحرمة (**بقليله وكثيره**) أي: قليل الرضاع، ولو بمصّة وقطرة، لكنه لا بد أن يعلم أن اللبن قد وصل إلى بطنه، وإلا.. لم تثبت الحرمة على ما في «الخلاصة» [٣٨١/ب] حيث قال: المرأة إذا أدخلت حلمة ثديها فم الصبي، ولا يدري أدخل اللّبن حلق الصبي أم لا.. لا تثبت حرمة الرّضاع؛ لأن الأصل استمرار العدم، كذا في «البزازية».

وهذا لأن علّة الحرمة هي الجزئية، وذلك بوصول اللبن إليه لا بمجرد المصّ، والعلم بوصول اللّبن بإقرار المرأة. وفي «الخانية» عن «الينابيع»: القليل من الرضاع مفسر بما يعلم أنه وصل إلى الجوف، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يثبت الرّضاع إلّا بخمس رضاعات في خمسة أوقات، يكتفي الصغير بكلّ واحدة منهنّ؛ لما رواه مسلم عن حديث عائشة أنها قالت: كان فيما نزل من القرآن: «عشر رضاعات يحرّمن»، ثم نسخ بخمسٍ معلومات، فتوفي

فِي مدَّتِهِ، لَا بعْدَهَا.

رسول الله ﷺ وهي فيما يقرأ من القرآن، وأنها قالت مرفوعاً: «لا تحرمه المصة، ولا المصتان، ولا الإملاجة، ولا الإملاجتان» رواه مسلم.

المصة فعل الرضيع، والإملاجة فعل المُرضِع.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ علّقه بفعل الإرضاع من غير قيد بالعدد، والتقييد به زيادة عليه، وهو نسخ لا يجوز، وما رواه في الصحيح مرفوعاً قال: «يحرم من الرضاع: ما يحرم من النسب»، ولأن علّة الحرمة هي شبهة البعضيّة، وقد وجد في القليل أيضاً، وما رواه منسوخ إن كان بعد الكتاب، أو مردود به إن كان قبله.

(في مدّته لا بعدها) لقوله ﷺ: «لا رضاع بعد الفصال» أي: مدّة الفصال، ولأن الحرمة باعتبار النشو، وذلك في المدة؛ إذ الكبير لا يشرب اللبن حتى إذا مصّ الرجل ثدي امرأته وشرب لبنها.. لم تحرم عليه امرأته؛ لكونه بعد الفصال.

وقيل: لا يباح الإرضاع بعد هذه المدة؛ لأن إباحته ضروريّة؛ لكونه جزء الآدميّ، ولا ضرورة بعدها.

وقيل: إن الإرضاع إلى المدة واجب.

وقيل: إنه واجب إلى استغناء الولد، ومستحب إلى حولين، وجائز إلى حولين ونصف.

ولو فطم في المدة ثم أرضع فيها.. تثبت الحرمة، وإن استغنى عن اللبن بالطعام في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة: إن استغنى به.. لا تثبت الحرمة.

وعنه أيضاً: أنه إن كان لا يستغني به، بل أكثر ما يتناوله اللبن.. يكون رضاعا وتثبت به الحرمة، وإن كان أكثر ما يتناوله هو الطعام.. لا يثبت الرضاع.

وَهِيَ: حولانِ وَنصفٌ.

وَعِنْدَهُمَا: حولانِ.

وفي «الخانية»: والرضاع الموجب للتحريم: ما كان في حالة الصغر دون الكبر، ولمدّة الرضاع ثلاثة أوقات: أدنى وأوسط وأقصى؛ فالأدنى: حول ونصف، والأوسط: حولان، والأقصى: حولان ونصف، حتى لو نقص عن الحولين.. لا يكون شططا، ولو زاد على الحولين.. لا يكون تعدّيا.

وفيها أيضاً: إن مدّة الرضاع عند بعض العلماء ثمان سنين.

وعند بعضهم: جميع العمر مدة الرضاع.

وعن الحسن: أربع سنين.

وعن بعضهم: عشر سنين.

وعن بعضهم: خمسة عشر سنة.

وعن بعضهم: عشرون سنة.

(وهي): أي مدّة الرضاع في حق الحرمة، وإنما قلنا: «في حقّ الحرمة» ليلائم التفريع الآتي، ولأن مدة الرضاع [٣٨٢/أ] في حقّ استحقاق الأجر.. ففيها اختلفت عباراتهم:

ففي «الخلاصة»: أجمعوا أن مدة الرّضاع في حق استحقاق الأجر على الأب سنتان.

وفي «الخانية» عن شمس الأئمة الحلواني: إنها على الخلاف المقرّر في مدّة الرضاع في حقّ ثبوت الحرمة، حتى أن المطلّقة تستحق أجرة إرضاع الولد على الأب إلى تمام (حولين ونصف) عند أبي حنيفة، وعندهما: إلى تمام حولين.

وكثير من المشايخ قالوا: إن مدّة الرّضاع في حقّ استحقاق الأجر على الأب مقدّرة بحولين عند الكل. انتهى.

حولان ونصف عند أبي حنيفة، (وعندهما حولان).

وقال زفر: ثلاث أحوال؛ لأنه لا بدّ من تغير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن، ويحصل بغيره إبقاء لحياته، وذلك التغير لا يكون إلا بزيادة مدّة على الحولين يتعود الصبي فيها غيره؛ لأن قطع دفعه من غير أن يتعود غيره.. مهلك، والحول حسن لتلك الزيادة للتحول من حال إلى حال؛ لاشتماله على الفصول الأربعة، ولهذا أحل العنين به.

ولهما: قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ ومدة الحمل أدناها ستة، فبقي للفصال حولان، وقوله ﷺ: «لا رضاع بعد حولين»، ولأن الظاهر أن الرضيع يكتفي في الحولين باللبن، وبعدهما لا يكتفى به، فكان كالكبير، وهو لا يسمّى رضيعاً.

ولأبي حنيفة: هذه الآية أيضاً، ووجهه: أنه ذكر شيئين وضرب لهما مدة ثلاثون شهراً، وكل ما كان كذلك.. كانت المدة المضروبة مدّة لكل واحد منهما بكمالها؛ كقوله لفلان: علي ألف درهم وخمسة أفرقة حنطة إلى شهرين، يكون الشهران أجلاً لكل واحد منهما بكماله، إلا أنه قام المنقص في الحمل، وهو حديث عائشة: «الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين»، فبقي في الفصال على ظاهره.

وفيه نظر؛ لأنه يستلزم استعمال لفظ «ثلاثين» في مدلوله، وفي مدلوله أربعة وعشرين، وذا لا يجوز؛ لأنه جمع بين الحقيقة والمجاز، ولهذا استدل بعض مشايخنا بأنه لا بدّ من الزيادة على الحولين على ما ذكرناه في وجه زفر.

وقدرناها بأدنى مدة الحمل ستة أشهر؛ لأنها معتبرة؛ فإن غذاء الجنين يغايره غذاء الرضيع، كما يغاير غذاء الفطيم، وما روياه محمول على مدة الاستحقاق؛ أي: لا يستحق على الأب أجرة الإرضاع بعد الحولين، أو لا يستحق الولد الرضاع بعدهما، وعلى هذا يحمل قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾.

فَيحرمُ بِهِ مَا يحرمُ منَ النّسَبِ.

إِلَّا جدَّةُ وَلَدِهِ، ....

(**فيحرم به ما يحرم من النسب**) لما رويناه من «الصحيحين»، فيحرم على الرضيع والرضيعة كل من المرضِعة وزوجها مع أصولهما وإن علا، وفروعهما وإن سفل، ومع أخواتهما وأخوة أصولهما، وأخواتهما وأخوات أصولهما، كما تحرم الأم والأب مع أصولهما وفروعهما وإخوتهما وإخواتهما على ولدهما من النسب، فتحرم عليه البنت الرضاعية للأخت النسبية.

وكذا يحرم كل من رضيعي ثدي على الآخر.

ويحرم أيضاً فروع الرضيع والمرضَعة وإن سفل وزوجها على المرضِعة وولدها وزوجها [٣٨٢/ب]، فيحرم ولد الرضيع على المرضِعة؛ لأنها جدّته، وكذا على ولدها؛ لأنه ولد أخيه، وكذا بنته على زوجها؛ لأنه جدها، وكذا زوجته على زوجها؛ لأنها زوجة فرعه، وكذا زوج الرضيعة على المرضِعة؛ لأنها أم زوجته.

قال في «الاختيار»: إذا أرضعت المرأة صبية.. حرمت على زوجها وآبائه وأبنائه، لكون المرضِعة أمّ الرضيع، وأولادها إخوته وإخوانه من تقدم وتأخر، فلا يجوز أن يتزوج شيئاً من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا، وآباؤها أجداده وأمهاتها جدّاته.

وقال في «خزانة المفتي»: لو أرضعت امرأة صبيّاً.. حرم عليه من تقدم من أولادها ومن تأخّر.

(**إلا جدّة ولده**) استثناء من قوله: «يحرم» أي: يحل جدة ولده من الرضاع، يصدق على صور ثلاث:

أحدها: ما إذا كان لرجل ولد من النسب وله جدّة من الرضاعة.

وثانيها: ما إذا كان له ولد من الرضاعة وله جدة من النسب.

وثالثها: ما إذا كان له ولد من الرضاعة، وله جدّة من الرضاع.

وَأُخْتُ وَلَدِهِ، وعمَّةُ وَلَدِهِ، وَأمُّ أَخِيهِ أوَ أُخْتِهِ، ....

فإنه يحلّ له تزوجها في الصّور الثلاث، ولا يحل ذلك من النسب؛ لأنها تكون أمه إذا كانت الجدة من قبل الأب، وأمّ امرأته إذا كانت من قبل الأم.

(و) وإلّا (أخت ولده) من الرضاع وهو يصدق على ثلاث صور أيضاً:

أحدها: إن كان له ولد من النسب، وله أخت من الرضاع.

وثانيها: إن كان له ولد من الرضاع، وله أخت من النسب.

وثالثها: إن كان له ولد من الرضاع، وله أخت من الرضاع أيضاً.

فإنه يجوز أن يتزوج أخت ولده في الصور الثلاث، ولا يجوز له أن يتزوج أخت ولده من النسب؛ لأنه لما وطئ أمّها.. حرمت عليه.

بخلاف ما لو كانت جارية بين شريكين، فجاءت بولد فادعياه وثبت النسب منهما، ولكل واحد منهما بنت من امرأة أخرى.. جاز لكلّ واحد من الشريكين أن يتزوج بابنة صاحبه، وإن كان كلّ واحد منهما متزوجاً بأخت ابنه من النسب على ما في «شرح الوقاية» لعلاء الدين الأسود.

(و) إلا (عمة ولده) من الرضاع، وهذا يصدق أيضاً على ثلاث صور على ما ذكرناه، ولا يجوز ذلك من النسب؛ لأنها تكون أخته من النسب.

(و) إلّا (أمّ أخيه أو أخته) من الرضاع، يصدق كل منهما على ثلاث صور أيضاً:

الأم الرضاعية للأخ أو الأخت النسبيين.

أو الرضاعيتين.

الأم النسبية للأخ والأخت الرضاعيتين.

فصارت ست صور يجوز أن يتزوج في كلّ منها أم أخيه أو أخته من الرضاعة، ولا يجوز من النسب؛ لأنها تكون أمّه إذا كان أخاً أو أختاً لأب وأم، أو لأم، أو موطوءة أبيه إذا كان أخاً أو أختاً لأب، وهذا المعنى معدوم في الرضاع.

وَأُمُّ عَمِّهِ أَو عمَّتِهِ، أَو خَالِهِ أَو خَالَتِهِ.

وَإِلَّا أَخا ابْنِ الْمَرْأَةِ لَهَا.

وَقِيسَ عَلَيْهِ.

(و) إلا (أم عمّه أو عمتّه) من الرضاع، يصدق كل منهما على ثلاث صور أيضاً:

الأم الرضاعية للعم والعمة النسبيتين.

أو الرضاعيتين.

والأم الرضاعية للعم والعمة النسبيتين.

فصارت ست صور يجوز أن يتزوج في كل منها أم عمه أو عمته من الرضاع، ولا يجوز [٣٨٣/أ] من النسب؛ لأنها تكون جدّته إذا كان عمّه أو عمته لأب وأم، أو لأم، أو موطوءة جدّه إذا كان لأب.

وكذا الحال في قوله: (أو خاله أو خالته) أي: يحلّ أم خاله أو خالته من الرضاع على الصور الثلاث في كل منها لا من النسب؛ لأنها جدته من النسب بخلافه من الرضاع.

وهذه الصور كلّها بيان ما يحل للرجل.

ثم شرع في بيان ما يحل للمرأة بقوله: (وإلا أخا ابن المرأة) أي: ويحل أخا ابن المرأة (لها) أي لتلك المرأة ويصدق هذا أيضاً على ثلاث صور:

الأخ والابن الرضاعيين للمرأة.

والأخ الرضاعي للابن النسبي لها.

والأخ النسبي للابن الرضاعي لها، ولا يجوز من النسب؛ لأنه يكون ابنها أو ربيبها.

(وقيس عليه) أي: ويحل للمرأة أن تتزوج بأبي أختها أو بأخي بنتها وبأبي حفيدتها وبجد ولدها وبخال ولدها وبعم ولدها، **كلها من الرضاع**، ولا يحل ذلك من النسب.

وَتحلُّ أُخْتُ الْأَخِ رضَاعاً ونسباً؛ كأخٍ منَ الْأَبِ لَهُ أُخْتٌ مِن أُمِّهِ تحلُّ لِأَخِيهِ من أَبِيه.

وَلَا حلَّ بَينَ رضيعَي ثدي وَإِنِ اخْتلفَ زمانُهما، ولا بَينَ رَضِيعٍ وَولدِ مُرضعتِهِ وَإِن سفل، وَولدِ زوجٍ لَبنُهَا مِنْهُ؛

(ويحلّ) لرجل (أخت الأخ رضاعاً)، يصدق على ثلاث صور:

الأول: أن يكون له أخ من النسب، ولهذا الأخ أخت رضاعية.

والثاني: أن يكون له أخ من الرضاع، وله أخت نسبية.

والثالث: أن يكون له أخ من الرضاع، وله أخت رضاعية.

(و) كذا تحل له **(نسباً كأخ من الأب له أخت من أمه.. تحل)** الأخت **(لأخيه من أبيه)**؛ لأنه ليس بينهما نسب يوجب الحرمة.

(ولا يحلّ بين رضيعي ثدي، وإن اختلف زمانهما)؛ لأنهما أخوان من الرضاع لكون أمّهما واحدة، ولا تأثير لاختلاف الزمان وإن كثيرا، ولا لاختلاف الثدي بأن أرضعت أحدهما من إحدى ثدييها والآخر من ثديها الآخر؛ فإن كان زوج المرضعةِ مختلفاً عند الإرضاعين.. فهما أخوان أو أختان لأم، وإن كان أبوهما واحداً فهما أخوان أو أختان لأب وأم من الرضاعة.

وإن كانت تحته امرأتان، لكلّ واحدة منهما لبن، فأرضعت كلّ واحدة منهما صبية.. فهما أختان لأب من الرضاع. كذا في «الخلاصة».

(ولا بين رضيع) ورضيعة وولدهما **(وولد مرضعته، وإن سفل)** لما ذكرناه، وفيه استدراك، اللهم إلا أن يراد بالولد ههنا ما يكون نسباً، وفيما سبق ما يكون رضاعاً.

(وولد زوج) - عطف على «ولد مرضعة» - **(لبنها)** أي: لبن المرضعة **(منه)** أي: من ذلك الزوج، أشار به إلى ما في «قاضي خان»: إذا ولدت المرأة من زوجها ولداً، فطلّقها الزوج وتزوجت بآخر، فأرضعت بلبن الأول ولداً وهي تحت الزوج الثاني.. فإن الرضاع يكون من الأول؛ لأن نزول اللبن كان منه.

فَهُوَ أَبٌ للرضيعِ ....

رجل تزوج امرأة ولم تلد منه قط، ثم نزل لها لبن فأرضعت صبياً.. كان الرضاع من المرأة دون زوجها، حتى لا يحرم على الصبي أولاد هذا الرجل من غير هذه المرأة. انتهى.

وإلى ما في «المحيط»: لو ولدت من زوج وأرضعت ولدها، ثم يبس، ثم در لها اللبن فأرضعت صبية.. لا يثبت بين زوجها وبين رضيعة اللبن الثاني حرمة الرضاع؛ لأنه ليس بلبن ذلك الفحل. انتهى.

واختلفوا [٣٨٣/ب] في امرأة طلقها زوجها ولها ابن منه، وتزوجت بزوج آخر فحبلت من الثاني فأرضعت صبياً.

قال أبو حنيفة: الرضاع من الأوّل ما لم تلد من الثاني، وإذا ولدت.. كان الرضاع من الثاني.

وعن أبي يوسف: فيه روايتان، في رواية: إن عرفت أن اللبن من الحمل الثاني.. فالرضاع من الثاني وينقطع حكم الأول.

وفي رواية: إذا حبلت من الثاني.. ينقطع حكم الأول.

وقال محمد: الرضاع منهما حتى تضع الحمل الثاني؛ فإذا وضعت.. فمن الثاني لا من الأول بيقين، واحتمل كونه من الثاني.. فيجعل منهما احتياطا في الحرمات.

وكذلك يقول أبو يوسف: إلا إذا عرفنا أنه من الثاني بالحبل منه أو برقة اللبن؛ فإنه إذا رق.. فهو من الثاني، وإذا غلظ.. فهو من الأوّل.

(فهو) أي: ذلك الزوج (أب للرضيع) أي: كما أن المرضِعة أمّه.

واعلم: أنّ أمومة المرضِعة للرضيع مما لا شك في ثبوتها، وأما أبوة زوجها له.. فإنما تثبت لو كان لبن المرضِعة من ذلك الزوج، وإلا.. فلا تثبت أبوة الزوج للرضيع، بل يكون الرضيع ربيباً له من الرضاع.

كما لو تزوجت ذات لبن رجلاً، فأرضعت به صبيّا.. فإنه لا يكون ولداً لهذا

وَابْنُهُ أَخٌ، وبنتُهُ أُخْتٌ، وَأَخُوهُ عَمٌّ، وَأُخْتُهُ عمَّةٌ.

وَلَا حُرْمَةَ لَو رضِعا مِن شَاةٍ، أَو مِن رجلٍ.

وَلَا فِي الاحتقان بِلَبنِ الْمَرْأَةِ.

الرجل من الرضاع، بل يكون ربيباً له من الرضاع، ويكون للأول ولداً من الرضاع حتى يجوز أن يتزوج هذا الرضيع أولاد الزوج الثاني من غير تلك المرأة، وبأخواته كما في النسب، ولا يجوز أن يتزوج لأولاد الأول وأخواته، وكذا لا يجوز أن يتزوج هذه الرضيعة الزوج الثاني لنفسه وإن كانت ربيبة؛ سواء كانت المرضعة تحت هذا الزوج أو وقعت بينهما مفارقة.

وإنَّ وطء الأمهات.. يحرم البنات، ولو من جهة الرضاع. كذا في «الدّرر».

(**وابنه**) أي ابن الزوج (**أخ، وبنته: أخت، وأخوه: عم، وأخته: عمّة**) أي من الرضاع.

والأصل فيه: أن ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع سوى المنشأ.

(**ولا حرمة لو رضعا من شاة**)؛ لأن الحرمة إنما هي بطريق الكرامة بواسطة شبهة الجزئية، ولا جزئية بين الآدمي والبهائم.

وحكي أن محمداً بن إسماعيل البخاري يقول: إنه تثبت به حرمة المصاهرة، وكان يفتي به حين دخل بخارى في زمن الشيخ أبي حفص الكبير، فقال له الشيخ: لا تفعل، فأبى أن يقبله، فاجتمعوا وأخرجوه من بخارى.

(**أو من رجل**)؛ لأنه ليس بلبن على التحقيق؛ لأن اللبن لا يتصور إلّا ممن يتصور منه الولادة غذاء للولد، فصار كما إذا نزل من ثدي البكر ماء أصفر.

(**ولا في الاحتقان بلبن المرأة**)؛ لأن الحرمة باعتبار النشور، ولا يوجد ذلك في الاحتقان؛ لأنه يكون بالغذاء، وهو من الأعلى لا من الدبر.

وعن محمد: أنه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم.

وَلبنُ الْبِكرِ وَالْميتَةِ مُحَرِّمٌ.

قلنا: الفطر يتعلق بالوصول إلى الجوف، والمحرم في الرضاع معنى النشور، ولا يوجد فيه.

وعلى هذا الخلاف أنه لو أقطر في أذنه، أو وصل إلى جائفة أو آمة، أو أقطر في إحليله.

(ولبن البكر والميتة) [٣٨٤/أ] (محرّم) أي: موجب للحرمة بشرط أن تكون البكر بلغت تسع سنين أو أكثر؛ أما لو لم تبلغ تسع سنين فنزل لها لبن فأرضعت به صبياً.. لم يتعلق به تحريم. كذا في «البحر» عزواً إلى «الجوهرة».

وقال في «قاضي خان»: بكر لم تتزوج قطّ، فنزل لها لبن فأرضعت صبياً.. صارت أماً للصّبي، ويثبت جميع أحكام الرّضاع بينهما، حتى لو تزوجت البكر رجلاً، ثم طلّقها قبل الدّخول بها.. كان لهذا الزّوج أن يتزوج تلك الصّبية، وإن طلّقها بعد الدخول.. لا يكون له أن يتزوّجها؛ لأنها صارت من الربائب الّتي دخل بأمّها. انتهى.

والذي ظهر منه: أنّ لبن البكر إنما يثبت الرضاع بين البكر ورضيعها، لا بينه وبين زوجها، وإنما حرم عليه تزوج تلك الصبيّة لكونها من الربائب التي دخل بأمها لا لحرمة الرضاع، ولكنه قال في «الخلاصة»: ولو نزل لبكر لبن وهي لم تتزوج بعد، فأرضعت ولداً.. فهو رضاع محرِّم؛ فلو تزوجت البكر.. لا تثبت الحرمة من الزوج.

قال في «المحيط»: وكذا إذا تزوج امرأة ولم تلد منه قط، ثم نزل لها لبن.. فإن اللّبن من هذه المرأة دون زوجها. انتهى كلام «الخلاصة».

وقد ذكرنا عن «قاضي خان» مثل ما نقله عن «المحيط»، والذي ظهر منه: أن لبن المرأة لا يثبت الرضاع بين الرضيع وزوج المرأة ما لم تلد منه، ولا يخالف هذا ما فهم من إطلاق ما ذكرنا من «قاضي خان» من قوله: «وإن طلّقها بعد الدخول»؛

لأن حرمة الصّبية التي في كلام «قاضي خان» على الزوج ليس للرضاع، بل لكونها من الربائب الّتي دخل بأمّها على ما ذكرناه.

وأطلق في لبن الميتة فأفاد أنه لا فرق بين أن تحلب قبل موتها فيشربه الصبي بعد موتها، أو حلبت بعد موتها على ما صرّح به في «قاضي خان»، وإذا ثبتت الحرمة بهذه الميتة.. حلّ لزوج هذه الصبية الّتي تزوجها أن يدفن الميتة وييممها؛ لأنه صار محرماً لها، لكونها أم امرأته. كذا في «البحر».

ثم الأصل في لبن البكر إطلاق النصوص الدالة على محرمية اللّبن؛ ولأنه سبب النشوء والنمو، فيثبت به شبهة البعضيّة؛ لأنه لبن حقيقة كلبن غيرها من النّساء.

وأما لبن الميتة.. ففيه خلاف:

الشافعي قال: لا يثبت بلبن الميتة حرمة الرضاع؛ لأن الأصل في ثبوت الحرمة هي المرأة نفسها، وبالموت لم تبق محلاً له حتى لا يوجب وطؤها حرمة الرضاع؛ ولأن اللبن محله الحياة، فيموت بموتها، فيكون نجساً، فلا يفيد حرمة الرضاع؛ ولأن هذا الفعل حرام، وحرمة الرضاع كرامة، فلا تناله بالحرام؛ كالزنا في ثبوت حرمة المصاهرة عنده.

ولنا: أنه لبن حقيقة كسائر الألبان، وهو سبب النشوء والنمو، فيتناوله إطلاق النصوص، ولا نسلم أنها لم تبق محلاً للحرمة، كيف وإنها لو حلبت لبنها فأوجر به صبي بعد موتها.. يثبت به التحريم على ما ذكرناه من «قاضي خان».

ولا نسلم أيضاً أنّ اللبن يموت بموتها، كيف وإنه يحل إذا بان من الحي، ولو كان يموت.. لما حلّ؛ لأن ما أبين منه.. فهو ميت بعد الإبانة [٣٨٤/ب].

وقوله: «نجس أو فعل حرام».. يبطل بما إذا خالطه خمر فأوجر به صبي؛ فإنه يتعلق به التحريم إذا كان اللبن غالباً بالإجماع؛ لما فيه من إنبات اللحم وإنشاز العظم مع أنه نجس.

وَكَذَا الإِسعاطُ، والوُجورُ.

وَاللَّبنُ الْمَخْلُوطُ بِالطَّعَامِ لَا يُحرِّمُ، خلافاً لَهما عِنْد غَلَبَة اللَّبنِ.

(وكذا الإسعاط) أي يثبت به الرضاع، وكذا الوجور؛ لأنه يصل اللبن إلى المعدة على وجه يحصل به الغذاء والنشوء.

قال في «المصباح»: السَّعُوط مثال رَسُول: دواء يصب في الأنف، والسُّعوط مثل قُعود: مصدر.

(والوَجور) بفتح الواو: الدّواء يصب في الحلق.

(واللّبن المخلوط بالطعام لا يحرم) عند أبي حنيفة أي: مطلقاً؛ سواء كان اللبن غالباً بحيث يتقاطر عند رفع اللّقمة أو لا؛ وسواء كان مطبوخاً أو لا.

(خلافاً لهما عند غلبة اللبن) أي بغير طبخ ومساس نار، حتى لو طبخ به.. لا يتعلق به التحريم بالاتفاق؛ سواء كان اللّبن غالباً أو مغلوباً؛ أما إذا كان مغلوباً.. فظاهر، وأما إذا كان غالباً.. فلأنه إذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعاً للطعام وإن كان غالباً حتى لا يسمى لبناً مطلقاً.

ووجههما فيما لم يطبخ؛ أي: في الخلافية: أنّ المغلوب عند الغالب كالمعدوم.

ووجه أبي حنيفة: أن الطعام أصل، واللبن تابع له في حق المقصود وهو التغذي.

قيل: قول أبي حنيفة فيما إذا لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة؛ فإن تقاطر.. تثبت به الحرمة.

وقيل: لا تثبت به الحرمة بكلّ حال، وإليه مال الإمام السّرخسي، وصحّحه في «الهداية»؛ إذ لا عبرة بالتقاطر، إذ المقصود هو التغذي.

وعن شيخ الإسلام خواهرزاده: قول أبي حنيفة فيما إذا أكل الصبي الطعام لقمة لقمة؛ أما إذا حسا حسواً فتثبت به الحرمة.

وَيعْتَبرُ الْغَالِبُ لَو خُلطَ بِمَاءٍ أَو دَوَاءٍ أَو لبنِ شَاةٍ.

وَكَذَا لَو خُلِطَ بِلَبنِ امْرَأَةٍ أُخْرَى.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: تتَعَلَّقُ الْحُرْمَةُ بهما.

وذكر في «قاضي خان»: أنه لو ثرد خبزاً في لبنها وشرب الأخير اللبن، أو لتّ سويقاً بلبنها؛ إن كان يوجد منه طعم اللبن.. تثبت الحرمة، وإلا.. فلا.

(**ويعتبر الغالب**) - أي: بالاتفاق على المشهور - (**لو خلط**) لبنها (**بماء أو دواء أو لبن شاة**)؛ لأن المغلوب مستهلك، فالحكم يدار مع الغالب ههنا؛ فإن كان هو اللبن.. يتعلق به التحريم؛ لأن المقصود ههنا ليس التغذي بغير اللّبن كما في الطعام في قول أبي حنيفة، ولا إنبات اللحم، ولا إنشاز العظم، ولا يثبت الرضاع إلّا بها.

واختلف في تفسير الغلبة:

قيل: إذا جعل في لبن المرأة دواء فغيّر لونه ولم يغيّر طعمه أو على العكس فأوجر به صبي.. حرم؛ لأنه غالب.

وإن غيّر اللون والطعم ولم يوجد فيه طعم اللبن ولونه.. لم يحرم؛ لأنه مغلوب.

وقيل: إذا لم يغيره الدواء من أن يكون لبناً.. ثبت به الحرمة.

ولم يذكر الحكم فيما إذا كانا متساويين، وينبغي أن تثبت الحرمة احتياطاً.

(**وكذا**) أي يعتبر الغالب (**لو خلط بلبن امرأة أخرى**) عند أبي يوسف، وكذا عند أبي حنيفة في رواية.

(**وعند محمد: تتعلق الحرمة بهما**) وهو قول زفر ورواية أخرى عن أبي حنيفة.

وجهه: أن كلّ واحد منهما محرم؛ لكونه سبباً لإنبات اللحم وإنشاز العظم، ويستوي فيه القليل والكثير، ولا يختلف الحكم بالزيادة، بل يقوى بها؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس.

وَإِن أرضعت ضَرَّتهَا.. حُرِّمَتَا، ....

ولأبي يوسف: أن الأقل تابع للأكثر في بناء [٣٨٥/أ] الحكم عليه؛ كما لو اختلط بلبن الأنعام.

وفي «التبيين» عن «الغاية»: قول محمّد أظهر وأحوط.

(**وإن أرضعت المرأة ضرّتها.. حرمتا**) يعني: رجل تحته صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة في مدّة الرضاع.. حرمتا عليه لجمعه بين الأم والبنت رضاعاً، ولكنه له أن يتزوّج الصّغيرة إن لم يطأ الكبيرة؛ لكونها بنت امرأة لم يدخل بها، بخلاف الكبيرة؛ لأنها أمّ امرأته فتحرم عليه بمجّرد نكاح بنته، ولا يشترط فيه الدخول بالبنت على ما مرّ في المحرّمات من **أنّ وطء الأمّهات يحرّم البنات، ونكاح البنات يحرّم الأمّهات**.

ولو تزوج كبيرة وثلاث رضيعات، فأرضعتهن الكبيرة واحدة بعد واحدة، أو أرضعت واحدة، ثم الاثنتين معاً.. حرّمن عليه جميعاً: أما الكبيرة والصغيرة الأولى.. لأنهما صارتا أماً وبنتاً.

وأما الباقيتين.. فلأنهما صارتا أختين في نكاح واحد.

وإن أرضعت اثنتين معاً ثم الثالثة.. حرمت الكبيرة والأوليان، ولا تحرم الثالثة؛ لأنها صارت ابنة امرأته بعدما بانت امرأته قبل الدخول.

وإن تزوج صغيرتين وكبيرتين، فأرضعت الكبيرتان صغيرة ثم صغيرة.. بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى:

أما الكبيرة الأولى.. فلأنها بإرضاع الصغيرة الأولى صارت أم امرأة كانت له فبطل نكاحها ونكاح الصغيرة الأولى؛ لأنهما اجتمعا في نكاح واحد.

وأما الكبيرة الثانية.. فلأنها بإرضاع الصغيرة الأولى صارت أم امرأة كانت له فبطل نكاحها.

والصغيرة الثانية امرأته؛ لأنها صارت بنت امرأة بانت منه قبل الدخول، وليس

وَلَا مهرَ للكبيرةِ إِن لـم تُوطأ، وللصغيرةِ نصفُهُ، وَيرجعُ بِهِ على الْكَبِيرَةِ إِن علمت بِالنِّكَاحِ وقصدتِ الْفسادَ، ....

في نكاحه غيرها، فلا تحرم. كذا في «قاضي خان».

(**ولا مهر للكبيرة إن لم توطأ**)؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها كما في ردّتها، حتى لو كانت الكبيرة مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة، أو أخذ رجل لبن الكبيرة فأوجر به الصغيرة، أو كانت الكبيرة مجنونة.. فلها نصف المهر؛ لعدم إضافة الفرقة إليها.

(**وللصغيرة نصفه**)؛ لأن الفرقة ليست من قبلها، وفعلها غير معتبر في إسقاط حقّها؛ لأنها ليست من أهل المجازاة على الفعل، فلا يسقط مهرها، ألا ترى أنه لا تجب الكفارة عليها، ولا تحرم من الإرث، حتى لو وجد في الكبيرة أيضاً ما يمنع عن اعتبار فعلها كالجنون وغيره.. لا يسقط حقّها.

(**ويرجع**) أي: الزوج (**به**) أي: بنصف المهر الذي لزمه للصغيرة (**على الكبيرة إن علمت**) - أي: الكبيرة - (**بالنكاح وقصدت الفساد**) أي: فساد النكاح، وفي لفظ: «الفساد» إشارة إلى ما ذكر في «البحر» أن المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة، بل يفسد، حتى لو وطئها قبل التفريق.. لا يجب الحدّ، وبعده: يجب عليه الحدّ؛ اشتبه الأمر عليه أو لم يشتبه، نصّ عليه محمّد في «الأصل» ذكره «الزيلعي» في اللعان.

وقال في «البزازية»: وبثبوت حرمة المصاهرة وحرمة الرضاع لا يرتفع النكاح، حتى لا تملك المرأة التزوج بزوج آخر إلّا بعد المتاركة، وإن مضى [٣٨٥/ب] عليها سنون، والوطء فيه.. لا يكون زنا؛ اشتبه عليه أو لا.

وفي النكاح الفاسد: يجوز لها التزوج بزوج آخر قبل التّفريق. انتهى.

يعني: أنّ النكاح في حرمة الرضاع فاسد، فلا تحتاج المرأة فيه إلى تفريق القاضي في التزوج بزوج آخر على ما هو الحكم في النكاح الفاسد، وقد ذكرناه في

لَا إِن لم تعلم بِهِ أَو قصدت دفعَ الْجُوعِ والهلاكِ، أَو لم تعلم أَنَّهُ مُفسَدُ.

باب الولي نقلاً عن «البحر»، بل تحتاج فيه إلى المتاركة، والمتاركة في الفاسد بعد الدخول لا تكون إلا بالقول بأن يقول: تركتك أو خليت سبيلك، حتى لو أنكر نكاحها وقال لها: اذهبي فتزوجي.. يكون متاركة، ولو لم يقل لها: اذهبي وتزوجي.. فبمجرد الإنكار لا يكون متاركة كذا في «الخلاصة» من النكاح الفاسد.

وفيها أيضاً عن «مجموع النوازل»: الطلاق في النكاح الفاسد يكون متاركة، ولا ينقص من عدد الطّلاق.

وعن «المحيط»: لكل واحد فسخ هذا العقد بغير محضر من صاحبه قبل الدخول، وبعد الدخول ليس لكل واحد منهما حق الفسخ بعد الدخول وقبله.

(**لا**) أي: لا يرجع الزوج (**إن لم تعلم**) الكبيرة (**به**) أي: بالنكاح (**أو**) علمت به ولكنها (**قصدت دفع الجوع والهلاك**)؛ لأن جهلها بالنكاح معتبر، وقصدها دفع الجوع مندوب، ودفع الهلاك فرض، فالإرضاع في الأول: مباح، وفي الثاني: مندوب، وفي الثالث: فرض، فلم تكن متعدية بإرضاعها.

(**أو لم تعلم أنه**) - أي: الإرضاع - (**مفسد**)، فيكون مباحاً، فلم تتعدى به أيضاً.

فإن قيل: الجهل بحكم الشرع غير معتبر في دار الإسلام.

قلنا: اعتبار الجهل ههنا ليس لدفع الحكم الشرعي، بل لدفع الفساد، وذلك لأن الحكم الشرعي - أعني: وجوب الضمان على الكبيرة - مسبوق بالتعدي، والتعدي مسبوق بقصد الفساد، وقصد الفساد مسبوق بالعلم بالفساد؛ فإذا انتفى العلم بالفساد.. انتفى قصد الفساد أيضاً، فكان الجهل معتبراً لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم الشرعي.

فإن قيل: دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم، فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم.

قلنا: لزوم ذلك ضمني، فلا معتبر به، ثم هذا جواب ظاهر الرواية.

وعن محمد والشافعي: أنه يرجع عليها في الوجهين؛ لأنها أكدت على ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج مثلاً، والتأكيد يجري مجرى الإتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا.

قلنا: إنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط.. لكنها مسببة في ذلك التأكيد لا مباشرة؛ لأنها باشرت الإرضاع وهو ليس بموضوع لإفساد النكاح، بل هو سبب موضوع للحرمة، وإنما يثبت الفساد في هذه الصورة باتفاق الحال بتأديته إلى الجمع بين الأم والبنت، والمسبب إنما يضمن إذا كان متعديا، ولا تعدي ههنا؛ لعدم علمه وقصده بالفساد.

ونظيره: مسألة حفر البئر [٣٨٦/أ]، ألا ترى أنّ من حفر بئراً في داره.. لا يضمن ما وقع فيها، وإن حفر في الطريق.. يضمن ما أصابه، ولو رمى سهماً في داره.. يضمن ما أصابه؛ لأن المباشرة علّة وضعاً، فلا يبطل حكمها بالعذر، والتسبيب ليس بعلّة، وإنما جعل في حكم العلة صيانة للدّم عن الهدر، وإنما يستقيم إذا صلح علة لضمان العدوان، والحفر ليس بعلة للتلف، بل هو شرط في معنى العلة، على معنى أنه لولا الحفرة لما وقع فيها، فصار محصّلاً لمحل الوقوع، أعني: البئر، والثقل علة السّقوط وهو علة التلف، ثم أضيف الحكم مع هذا إلى محصل الشرط على ما بُيّن في «الأصول»، وههنا المرضعة ليست بصاحبة علّة فساد النكاح؛ لأن فساده بالجزئية وسببها الارتضاع، إلا أنّه لولا الإرضاع.. لم يوجد محل الارتضاع، فصارت محصّلة لمحلّ علّة الفساد، فيضاف الفساد إليها بوصف التعدي، والإرضاع نفسه ليس بتعد لما ذكرناه أنه إما فرض أو مندوب أو مباح.

وفي «البحر»: ولتعمُّد الفساد شروط:

الأول: أن تكون الكبيرة عاقلة، فلا رجوع على المجنونة.

الثاني: أن تعلم بالنكاح.

وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِيهِ.

وَإِنَّمَا يثبتُ الرَّضَاعُ بِمَا يثبتُ بِهِ المَالُ.

الثالث: أن تعلم أن الرضاع مفسد.

الرابع: أن تكون من غير حاجة بأن كانت شبعانة؛ فإن أرضعتها على ظن أنها جائعة، ثم ظهر [أنها] شبعانة.. لا تكون متعمدة.

الخامس: أن تكون مستيقظة، فلو ارتضعت [منها] وهي نائمة.. لا تكون متعمدة، فلا يرجع عليها.

والمصنف ذكر بعض هذه الشروط مصرّحاً، وأشار إلى بعضها تأمّلاً.

(**والقول قولها فيه**) أي: في عدم تعمد الفساد؛ لأنه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها، فلا بد من قبول قولها فيه.

وقال في «المعراج»: والقول فيه قولها إن لم يظهر منها الفساد.

وقال في «البحر»: وهذا القيد قيد حسن؛ لأنه إذا ظهر منها تعمد الفساد.. لا يقبل قولها لظهور كذبها.

ولو أخذ الرجل لبن الكبيرة فأوجر به الصغيرة.. فعلى الزوج نصف المهر لكل منهما، ويرجع به على الرجل الذي تعمد الفساد لا على الكبيرة.

(**وإنما يثبت الرضاع بما يثبت به المال**) وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا يجوز شهادة امرأة واحدة عليه؛ أجنبية كانت أو أم أحد الزوجين، لكنه إن وقع في قلبه صدق المخبر.. تنزه قبل العقد وبعده، ويسعها المقام معه حتى يشهد ذلك رجلان أو رجل وامرأتان عدول على ما في «الخلاصة» وغيرها.

أرضعتها بعض أهل القرية ولم تُعلم المرضِعة، ثم تزوّجها بعض أهل تلك القرية، فهو في سعة من المقام معها في الحكم، والتنزه أولى.

صغير وصغيرة بينهما شبهة الرضاع، ولا يعلم ذلك حقيقة.. لا بأس بالنكاح بينهما إذا لم يخبر به واحد؛ فإن أخبر به واحد عدل.. يؤخذ بقوله، ولا يجوز النكاح

بينهما، وإن أخبر بعد النكاح.. فالأحوط أن يفارقها؛ لأن الشك في الأول وقع في الجواز، وفي الثاني في البطلان، والدفع أسهل من الرفع. كذا في [٣٨٦/ب] «البزازية».

وقال مالك: تثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة؛ لأن الحرمة من حقوق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد كسائر حقوقه؛ كمن اشترى لحماً فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي؛ فإن الحرمة تثبت به، ولا يحل تناوله، غير أنه إذا أثبتت الحرمة بخبر عدل.. يثبت زوال ملك النكاح ضمناً، وكم من شيء يثبت ضمناً لا قصداً.

ولنا: أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في النكاح، فإبطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما في الشهادة على الطلاق، بخلاف مسألة اللحم؛ لأن حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك؛ كالعصير إذا تخمر، والدّهن إذا نجس، وجلد الميتة، فإنها مملوكة مع حرمة تناولها، فأمكن قبولها لثبوت الحرمة مع بقاء الملك، فاعتبر فيه الأمر الديني.

واعلم: أن الرضاع يثبت بما يثبت به المال قبل العقد وبعده، على ما صرح به في «قاضي خان» و«الكافي» وغيرهما.

وهل هو كذلك في عدم ثبوته بخبر الواحد؟

فقال في «الزيلعي» نقلاً عن «المغني»: إن خبر الواحد مقبول في الرضاع الطارئ، ومعناه: أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها أرضعت أمّه أو أخته أو امرأته بعد العقد، ووجهه: أن إقدامها على النكاح دليل على صحته، فمن شهد بالرضاع المتقدم على العقد.. صار منازعاً لها؛ لأنه يدعي فساد العقد ابتداء، وأما من شهد بالرضاع المتأخر عن العقد.. فقد سلّم صحة العقد، ولا ينازع فيه، وإنما يدعي حدوث المفسد فيه بعد ذلك، وإقدامها على النكاح.. يدل على صحّته، ولا يدل على انتفاء ما يطرأ عليه من المفسد؛ فصار كمن أخبر بارتداد مقارن بالعقد من أحد الزوجين حيث لا يقبل قوله.

وَلَو قَالَ: هَذِه أُخْتِي مِنَ الرَّضَاعِ ثُمَّ ادّعى الْخَطَأَ.. صُدِّقَ.

ولو أخبر بارتداد طارئ.. يقبل قوله لما قلنا، وعلى هذا: ينبغي أن يقبل قول الواحد في الرضاع قبل العقد؛ لعدم ما يدل على صحة العقد من الإقدام عليه، ولعدم إزالة الملك. انتهى.

(**ولو قال: هذه أختي من الرضاع، ثم ادّعى الخطأ**) ولو بعد عشر سنين - على ما في «شرح المجمع» - (**صُدّق**) يعني: لو أقر بامرأة قبل النكاح أو بعده أنها أخته من الرضاع:

فإن أصرّ على إقراره.. لم يتزوجها في الأول، وفرق بينهما في الثاني عملاً بإقراره.

وإن لم يصر على ذلك وادّعى الخطأ أو النسيان وصدّقته المرأة.. فهما مصدّقان في قولهما، فيتزوجها في الأوّل، ولا يفرق بينهما في الثاني.

وكذا لو أقرت المرأة قبل النكاح ولم تصر على إقرارها.. كان لها أن تزوج نفسها منه، وإن أقرت هي بذلك ولم تصر بعد ولم تكذب نفسها منه حتى زوجت نفسها منه.. جاز نكاحهما؛ لأن النكاح قبل الإصرار على إقراره، وقبل الرجوع عن إقراره: بمنزلة الرجوع عنه.

وإن قالت المرأة بعد النكاح: كنت أقررت قبل النكاح أنه أخي من الرضاع، وقد قلت: إن ما أقررت به حق حين أقررت بذلك.. فلم يصح النكاح ولا يفرق بينهما؛ ومثله [٣٨٧/أ] لو أقر الزوج بعد النكاح، وقال: كنت أقررت قبل النكاح أنها أختي من الرضاع، وقلت: أنه حق؛ فإن القاضي يفرّق بينها؛ لأن المرأة لو أقرّت بعد النكاح أن الزوج أخوها من الرضاع وأصرّت على ذلك.. لا يقبل قولها على الزوج، ولا يفرق بينهما، فكذا إذا أسندت إلى ما قبل النكاح، وأما الزوج لو أقر بعد النكاح وأصر على إقراره.. فرق بينهما، فكذا إذا أسند إقراره إلى ما قبل النكاح. كذا في «قاضي خان».

وقال في «الخلاصة»: لو قال لامرأته: هذه أختي أو بنتي أو أمي ولها نسب معروف.. لم يفرق بينهما وإن ثبت على إقراره؛ لأنه فيما قال مكذّب.

* * *

كتاب الطلاق

(كتابُ الطَّلَاقِ)

هُوَ رفعُ الْقَيْدِ الثَّابِتِ شرعاً بِالنِّكَاحِ.

كِتَابُ الطَّلَاق

(هو) **في اللغة**: عبارة عن رفع القيد مطلقاً، يقال: أطلق الفرس أو الأسير، واستعمل في النكاح بمعنى التطليق؛ كالإسلام بمعنى التسليم، وفي غيره: بمعنى الإطلاق مطلقاً؛ ولذا قالوا: لو قال: لامرأته أنت مطلّقة بتشديد اللّام.. لا يحتاج إلى النية، وبتخفيفها.. يحتاج إلى النية.

وفي الشرع: (**رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح**)، احترز به عن الإعتاق؛ لأنه رفع القيد الثابت شرعاً، لكنه لا يثبت بالنكاح.

[مطلب في شروط الطلاق]:

وشرطه: كون المطلِق عاقلاً، بالغاً، والمرأة في النكاح أو في العدة التي تصلح بها محلاً للطّلاق. كذا في «العناية».

وضبطها في «المحيط» فقال: المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق، والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق.

وتعقبه في «فتح القدير» وقال: إن هذا الضابط غير حاصر؛ إذ تتحقق العدة دونها؛ كما لو فسخ بخيار بعد الخلوة، ثم أجاب عنه بقوله: اللهم إلا أن يُلحق الخلوةَ بالوطء، فكأنها هو، وبه صرّح في «البحر» حيث قال: العدة التي تصلح محلاً للطلاق هي عدة الطّلاق لا عدة الوطء والخلوة.

ثم فصل في «فتح القدير»: ونحن نذكره إجمالاً تتميماً للفائدة، أعني: أن كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبّدة لا يقع فيها الطلاق؛ كالحرمة العارضة بتقبيل ابن الزوج؛ لأنه لا فائدة حينئذ في اعتباره؛ لأنها تتوقت بوقت حتى يفيد الطّلاق فائدته.

وأما في الفسخ بغير الحرمة المؤبدة.. فالمصرح به في العدة من خيار العتق

والبلوغ: أنه لا يلحقها طلاق؛ لأنه فسخ، فجعل كأنه لم يكن؛ وكذا في العدة بعدم الكفاءة ونقصان المهر.

وكذا إذا سبي أحد الزوجين، فوقعت الفرقة.. لا يقع طلاق الزوج عليها لعدم العدة؛ لأن المسبي إن كان الزوج.. فلا عدة على زوجته الحربية، وإن كانت المرأة.. فكذلك؛ لحلها للزوج الثاني بالاستبراء.

وكذا لو هاجر الزوج إلينا مسلماً أو ذمياً فوقعت الفرقة.. لا يقع طلاقه؛ لعدم العدة على زوجته الحربية.

وكذا الحال لو هاجرت الزوجة إلينا عند أبي حنيفة، وقالا: إن كان عليها العدة.. فهي عدة لا توجب ملك يد؛ إذ لا يد للحربي علينا.. وأقل ما يقع فيه الطلاق ملك اليد، فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد.

وكذا لو خرج الزوجان مستأمنين فأسلم أحدهما أو صار [٣٨٩/ب] ذمياً.. فهي امرأته حتى تحيض ثلاث حيض؛ فإذا حاضت.. وقعت الفرقة بلا طلاق، فلا يقع عليها طلاقه؛ لأن المصر منهما كأنه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع.

إلا أنه منقوض بما إذا أسلم أحد الذميين وفرقنا بينهما بإباء الآخر.. فإنه يقع عليها طلاقه وإن كانت هي الآبية، مع أن الفرقة هنا فسخ لا طلاق.

وينتقض أيضاً: بالمرتد، يقع طلاقه مع أن الفرقة بردته فسخ عند أبي حنيفة ومحمد، ولو كانت هي المرتدة.. فهي فسخ بالاتفاق، ويقع طلاقه عليها في العدة، ولهذا قال في «البحر»: إن المعتدة التي هي محل للطلاق: هي كل معتدة عن طلاق أو بعد تفريق القاضي باباء أحدهما عن الإسلام وبعد ارتداد أحدهما مطلقاً. انتهى.

ولو هاجرت الزوجة إلينا فانفسخ النكاح، فهاجر بعدها زوجها وهي في العدة.. فعلى قول أبي حنيفة ومحمد: لا يقع طلاقه، وعلى قول أبي يوسف الآخر: يقع

أَحْسَنُهُ: تطليقها وَاحِدَةً، فِي طُهرٍ، لَا جماعَ فِيهِ، وَتركُهَا حَتَّى تمْضِيَ عدَّتُهَا.

طلاقه؛ كما لو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها، ثم أعتقها وطلقها في العدة.. لا يقع طلاقه في قول محمد وقول أبي يوسف الأول، ويقع في قول أبي يوسف الآخر.

وكذا الخلاف لو اشترت المرأة زوجها فأعتقته وطلقها.

وقال في «فتح القدير»: قالوا: ارتد ولحق بدار الحرب.. لا يقع طلاقه اتفاقاً، فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها.. فهي على هذا الخلاف، وحكمه: وقوع الفرقة مؤجّلاً بانقضاء العدة في الرجعي، وبدونه في البائن.

[مطلب: في أقسام الطلاق]:

وأقسامه ثلاث: حسن وأحسن وبدعيّ.

قال: (**أحسنه: تطليقها واحدة**) رجعية (**في طهر لا جماع فيه حتى تمضي عدتها**)؛ لما رواه محمد عن إبراهيم النخعي عن أصحاب رسول الله ﷺ أنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة، وأن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثاً في أطهار ثلاث؛ لكونه أبعد من الندامة، حيث أبقى لنفسه مكنة التدارك بأن يراجعها في العدة بتجديد النكاح من غير استحلال، وهذا أمر حسن شرعاً وعقلاً؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾، ولأنه أقل ضرراً بالمرأة حيث لم يبطل محلّيتها نظراً إليه؛ لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن، ولم يقل أحد بكراهته، بخلاف الحسن؛ فإن فيه خلاف مالك على ما سيأتي.

فإن قيل: كيف يكون الطلاق حسناً وقد روى أبو داود عن ابن عمر أنه ﷺ قال: «**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**».

أجيب: بأن معنى حسن الطلاق، وأحسنيته: بالنسبة إلى بعضه، لا أنه حسن في نفسه، وهذا لا ينافي كونه مبغضاً في نفسه مناف لكونه حلالاً.

قلنا: ليس المراد بالحلال ههنا ما يستوي فعله وتركه، بل ما جاز الإقدام عليه،

وحسنُه - وَهُوَ سُنِّيٌّ:

فيكون أعم من الواجب والمندوب والمكروه، وهو المراد بكونه سنياً أيضاً، لا ما يثاب على فعله.

قيد بالواحدة؛ لأن الزائد عليها بكلمة واحدة أو متفرقات [٣٩٠/أ] في طهر واحد: بدعي على ما سيأتي.

وقيد الواحدة بالرجعيّة؛ لأن الواحدة البائنة بدعي.

وقيدّ بالطهر؛ لأنه في الحيض بدعي.

وقيد بعدم الجماع؛ لأنه في طهر فيه جماع بدعي.

وخرج بقوله: «**وتركها حتى تمضي عدتها**»: الحسن، ومعناه الترك من غير طلاق آخر لا مطلق الترك؛ لأنه إذا راجعها.. لا يخرج الطلاق عن كونه أحسن على ما ذكره في «البحر» عن الإسبيجابي.

(**وحسنه: وهو سُنِّي**) وتخصيصه باسم السني بناء على ما وقع في عبارة أكثر مشايخنا، وإلا.. فكل من الأحسن والحسن سني لا بدعّي، ولهذا قال ابن الهمام: إن الطلاق سني وبدعي، والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت، والبدعي كذلك، فالسني حسن وأحسن؛ فالأحسن: أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ولا في الحيض الذي قبله، ولا طلاق فيه، وتركها حتى تنقضي عدتها. انتهى.

وقوله: «ولا في الحيض الذي قبله» احترز به عما في «البحر» عن «البدائع»: أنه لو طلّقها في طهر لا وطء فيه، لكن وطئها في الحيض الّذي قبله.. يكون بدعيّاً، وإنما وقع ذلك في عبارتهم؛ لأنه ورد في واقعة عمر، وهو ما روي أنه ﷺ قال لعمر حين طلّق ابنُه امرأتَه حالة الحيض: إن ابنك أخطأ السنة، مره أن يراجعها، ثم يدعها حتى تحيض وتطهر، ثم يطلّقها إن أحب، وقال عمر لابنه: إنك أخطأت السنة، ما هكذا أمرك الله، إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً، وتطلق لكل طهر واحدة.

تطليقُها ثَلَاثاً فِي ثَلَاثَةِ أَطهارٍ لَا جماعَ فِيهَا؛ ....

(تطليقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار لا جماع فيها).

وقال مالك: هذا بدعة؛ لأن الطلاق محظور، ولا يباح الإقدام عليه إلا لدفع حاجة التخلص عنها بتباين الأخلاق، وتنافر الطباع وسوء المعاشرة، وهذا المعنى يحصل بالواحدة، والزيادة عليها بدعة.

ولنا: ما رويناه من حديث ابن عمر، لا نسلم أنه محظور، بل يباح على ما قدمناه من أنه حلال ولو سلم أنه محظور، والإباحة ليست إلا لدفع الحاجة، ولكنا نقول: إن الحكم - أي: الإباحة - لا يدور على حقيقة الحاجة؛ لأن تباين الأخلاق وتنافر الطباع أمر باطن لا يطلع عليه، وإنما يدور على دليلها، وهو الإقدام على الطلاق في زمان الرغبة، وهو الطهر الخالي عن الجماع؛ لأن الإقدام عليه في هذه الحالة لا يكون إلا لضرورةٍ تَحمِلُه على ذلك.

والطهر الثاني والثالث نظير الأوّل في كونهما دليل الرغبة، وصارت الحاجة إليه متكررة بالنظر إلى تكرر دليلها، فأبيح تكرار الطلاق المفرق على الأطهار.

ثم اختلفوا في هذا الطلاق:

فقال بعضهم: يؤخر الإيقاع على آخر الطهر وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة؛ احترازاً عن تطويل العدة عليها.

وقال بعضهم: يطلقها كلما طهرت؛ لأنه لو أخر.. له أن يجامعها، ومن قصده التطليق، فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع، وهو بدعة.

ورجحه في «الهداية»؛ حيث قال: وهو الأظهر - أي: الأظهر من قول محمد - فإنه [٣٩٠/ب] قال: إذا أراد أن يطلّقها ثلاثاً، طلّقها واحدة إذا طهرت، ورجح ابن الهمام القول الأول بأنه أقل ضرراً فكان أولى.

وفي «الخانية» عن «شرح الطحاوي»: **إذا كان الزوج غائباً وأراد أن يطلقها للسّنة واحدة**.. فإنه يكتب إليها: «إذا جاءك كتابي هذا، ثم حضت، ثم طهرت.. فأنت

إِن كَانَت مَدْخُولاً بِهَا.

ولغيرِها: طَلْقَةٌ وَلَو فِي الحيضِ.

طالق»؛ لجواز أن يكون قد امتد طهرها الذي جامعها فيه.

وإن أراد أن يطلّقها ثلاثا للسنة.. يكتب إليها: «إذا جاءك كتابي هذا، ثم حضت وطهرت.. فأنت طالق، ثم إذا حضت وطهرت.. فأنت طالق، ثم إذا حضت وطهرت.. فأنت طالق».

واعلم: أن الطلاق السني سواء كان حسناً أو أحسن على نوعين:

من حيث الوقت سني، ومن حيث العدد.

فالثاني: يستوي فيه المدخول بها وغيرها على ما في «الهداية»، إلا أنها تنتهي بطلقة واحدة في غير المدخول بها، حتى لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً للسنة.. يقع في الحال واحدة؛ سواء كانت حائضاً أو طاهرة، وتتعلق الثانية والثالثة بالتزوج ثانياً وثالثاً؛ لأن الطّلاق السنى المرتب في حق غير المدخول بها لا يتصور إلا على هذا الوجه على ما في «البحر» نقلاً عن «المعراج».

وفي المدخول بها لا تنتهي إلا بثلاث تطليقات في ثلاثة أطهار لا جماع فيها إن كانت حرة، وتطليقتان إن كانت أمة. كذا في «الخانية» عن «الينابيع».

والأول يختص بالمدخول بها وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه، وإلى هذا أشار بقوله: **(إن كانت مدخولاً بها، ولغيرها: طلقة ولو)** - وصلية - **(في الحيض)**، وهذا لما مر من أن إباحة الطلاق باعتبار الحاجة إليه، والمراعى دليله وهو الإقدام على الطّلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع؛ أما زمان الحيض.. فزمان الفترة، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة، فلم يكن فيها دليل الحاجة حتى يقوم مقامها فاختص بالمدخول بها، بخلاف غير المدخول بها؛ فإنه لما لم ينل منها شيئاً.. فالرغبة باقية فيها؛ سواء كانت في حال الحيض أو الطهر، فلم يخرج طلاقها عن السني في أيّ وقت كان، خلافاً لزفر قياساً على المدخول بها.

والآيسةُ وَالصَّغِيرَةُ وَالْحَامِلُ.. يُطَلَّقنَ للسُّنَّةِ عِنْدَ كلِّ شهرٍ وَاحِدَةً.

قلنا: إن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل في الحيض ما لم يحصل مقصوده منها، وفي المدخول بها تتجدد بالطهر.

وهذا إذا كانت المرأة ممّن تحيض وأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة، فأشار إلى بيانه بقوله: (**والآيسة والصغيرة**) التي لا يرجى منها الحيض والحبل (**والحامل يطلّقن**) كل من هذه الثلاثة (**للسنة عند كل شهر**) طلقة (**واحدة**)، يعني: إذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلّقها للسنة ثلاثاً.. طلقها واحدة؛ فإذا مضى شهر.. طلقها أخرى؛ فإذا مضى شهر.. طلقها أخرى، وهذا لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ الآية واللائي لم يحضن: لصغرهن [٣٩١/أ].. فعدّتهن ثلاثة أشهر أيضاً، ثم الشهر قائم مقام الحيض خاصة على ما اختاره صاحب «الهداية»، لا مقام الحيض والطهر معاً على ما اختار بعض أصحابنا.

وفي «المبسوط»: وقد ظن بعض أصحابنا أن الشهر في حقّ التي تحيض، وليس كذلك، بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء، ويفصل به بين طلاقين بالسنة، وهذا لأن المعتبر في حقّ ذوات القرء: الحيض، ولكن لا يتصّور تجدّد الحيض إلا بتخلل الطهر، وفي الشهور ينعدم هذا المعنى، فكان الشهر قائماً مقام ما هو المعتبر.

فإن قيل: لو أقيم الشهر مقام الحيض.. لزم إيقاع الطّلاق في الحيض في أيّ شهر أوقعه، وذلك حرام كما في حالة الحيض، ولما احتيج إلى إقامة ثلاثة أشهر، بل يكتفى إقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض؛ لحصولها في مدة شهر واحد.

قلنا: إن ما أقيم مقام الشيء لا يجوز أن يكون في معناه من كل وجه، وإلّا.. لكان عينه، فكان الأشهر قائماً مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة لا في جميع الأحكام، فلم يقم مقامه في حق إيقاع الطلاق، وإن الشّرع أقام الأشهر مقام حيض

تنقضي بها العدة، وهي لا تكون إلا في ثلاثة أشهر غالباً، فأقيمت الأشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها، ولم يقم مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد.

فإن قيل: أين تظهر ثمرة هذا الاختلاف، أعني: أنّ الأشهر قائم مقام الحيض خاصة، أو هو قائم مقام الحيض والطهر معاً عند بعض أصحابنا.

أجاب عنه في «النهاية»: بأن ثمرته تظهر في حق إلزام الحجة على البعض، فإنهم لما أجمعوا على أن الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف على الطهر، والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض.. علمنا أن الشهر قائم مقام الحيض لا غير؛ لأن الخلف إنما يعمل فيما يعمل فيه الأصل، واشتراط الحيض مع الطهر في ثلاث حيض إنما كان لتحقق عدد الثلاث لا لذات الطهر على ما ذكر في «المبسوط»، ولو كان لذاته.. لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض، فكانوا محجوجين بما قلنا من أثر العلة. انتهى كلام «النهاية».

ثم إيقاع الطّلاق:

إن كان في أول الشهر.. تعتبر الشهور القائمة مقامه بالأهلة؛ كاملة كانت أو ناقصة.

وإن كان في وسطه.. يعتبر بالأيّام في حق تفريق الطلاق، وذلك ثلاثون يوماً، وهذا بالاتفاق.

وأما في حق العدة.. فكذلك يعتبر بالأيّام عند أبي حنيفة حتى لا يحكم بانقضاء عدتها إلا بتمام تسعين يوماً من حين طلقها عنده.

وعندهما: يكمل الأول بالأخير، والمتوسطان بالأهلة، هذا في الآيسة والصغيرة.

وأما الحامل.. ففيه خلاف، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يطلقها للسنة ثلاثاً كما في الآيسة وللصغيرة.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا تُطلَّقُ الْحَامِلُ للسُّنَّةِ إلاّ وَاحِدَةً.

وَجَازَ طلاقُهنَّ عقيبَ الْجِمَاعِ.

(وعند محمد: لا تطلق الحامل للسنة إلا واحدة)؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر، وقد ورد الشرع بتفريقه على فصول العدة؛ لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ أي: لأطهار عدّتهن [٣٩١/ب] على ما روي عن ابن عباس، ففي ذوات الأقراء فرق على الأطهار، وفي حق الآيسة والصغيرة: على الأشهر لما ذكرناه، وفي حق الحامل: ليس الشهر من فصول العدة؛ لأنه مدة الحمل وإن طالت.. فهو فصل واحد، فصارت الحامل كالممتد طهرها؛ فإن أطهر الممتد فصل واحد لا تفرق التطليقات.

ولهما: أن إباحة الطلاق للحاجة على ما تقدم، والشهر دليلها كما في الآيسة والصّغيرة؛ لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة، فيصلح أن يكون دليلاً عليها، والحكم يدار على دليلها على ما تقدم؛ فإذا وجد ما أبيح لأجله الطلاق.. فيكون مباحاً، بخلاف الممتد طهرها؛ لأن الدليل على الحاجة في حقّها تجدد الطهر، وهو مرجو منها في كل زمان؛ لأنه يمكن أن تحيض فتطهر، ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل؛ لأن الحامل لا تحيض.

(وجاز طلاقهنّ) أي حلّ طلاق كل من هذه الثلاث؛ لأن الكلام في الحل لا مطلق الجواز.

(عقيب الجماع)؛ أما الآيسة والصغيرة.. ففيهما خلاف زفر؛ فإنه يقول: يفصل بين طلاقهما ووطئهما بشهر لقيام الشهر مقام الحيض فيمن تحيض، وفيها يفصل بينهما بحيضة، فكذا هنا بشهر، ولأن الرّغبة تعتبر بالجماع، فكانت بمنزلة ذوات الأقراء إذا جومعت في الطهر، وإنما تتجدد الرغبة بزمان، فلا بد منه وهو الشهر.

ولنا: أنه لا يتوهم الحبل فيها، وكراهية الطلاق عقيب الجماع في ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل؛ لأن عنده يشتبه وجه العدة لها بوضع الحمل أو

وبدعيُّهُ: تطليقُها ثَلَاثاً، أَو ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، أَو فِي طُهرٍ وَاحِدٍ لَا رَجْعَةَ فِيهِ؛ إِن مَدْخُولاً بهَا، ....

بانقضاء المدة، والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر.. لكنها تكثر من وجه آخر؛ لأنه يرغب في وطء غيرِ معلِّقٍ؛ فراراً عن مؤن الولد، فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل، وأما الحامل؛ فلأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة، وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء؛ لكونه غير معلِّق، أو في المرأة لمكان ولده منها، فلا تقل الرغبة بالجماع.

ثم شرع في بيان الطلاق البدعي بقوله: (**وبدعيه: تطليقها ثلاثاً أو ثنتين بكلمة واحدة أو**) بكلمات متفرقة (**في طهر واحد لا رجعة فيه**)، ولا تزوج فيه أيضاً؛ لأنه لو تخللت الرجعة بين الطلقتين، فلا يكره الطلاق عند أبي حنيفة، ويكره عندهما بناء على أن الرجعة ترفع حكم الطلاق عنده، وتجعله كأنه لم يكن، ولا ترفع عندهما.

ولو تخلل التزوج بينهما.. لا يكون بدعياً بالاتفاق على ما في «الزيلعي».

(**إن**) كانت (**مدخولاً بها**).

اعلم: أن الطلاق البدعي على نوعين:

بدعي من حيث العدد.

وبدعي من حيث الوقت.

فالأول: تطليقها ثلاثاً أو اثنتين بكلمة واحدة أو بكلمات متفرقة في طهر واحد لا رجعة ولا تزوج فيه على ما ذكرناه؛ سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو لا، وممن تحيض أو لا، على ما صرح به في «الخلاصة» حيث قال: والطلاق المحظور بالإجماع: هو الطلاق في الحيض وفي الطهر الذي جامعها فيه.

وأما المحظور عندنا: فهو إرسال [٣٩٢/أ] الطلقات الثلاث جملة، أو تفريقها على طهر واحد، وكذا الجمع بين الطلقتين؛ سواء كانت المرأة مدخولاً بها أو غير

أَو فِي طُهرٍ جَامعهَا فِيهِ، وَكَذَا تطليقُها فِي الْحيضِ.

مدخول بها، وهي ممن تحيض أو لا تحيض؛ فإن اوقع هذا المحظور.. وقع عند الجمهور. انتهى.

فعلى هذا قول المصنف: «إن كانت مدخولاً بها» ليس على ما ينبغي، وهذا النوع من البدعي وإن كان وقع لكنه عاص عندنا، خلافاً للشافعي؛ لأنه مباح عنده لا يكون عاصياً به؛ لأنه تصرف مشروع حتّى يترتب عليه الحكم، والمشروعية مع الحظر لا يجتمعان، بخلاف الطلاق في حالة الحيض، وفي طهر جامعها فيه؛ لأن المحرم في الأوّل: هو تطويل العدة عليها لا نفس الطلاق، وفي الثاني: التباس أمر العدة عليها حيث لا تدري أنها حامل تعتد بوضع الحمل أو لا، فتقدر بالأقراء.

قلنا: الأصل في الطلاق الحظر؛ لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدنيوية، وكلّ ما هو كذلك.. ينبغي أن لا يجوز وقوعه في الشرع، إلا أنه أبيح للحاجة على ما مر، ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث أو الاثنتين بكلمة واحدة أو متفرقات، بخلاف الطلاق الحسن المفرق على الأطهار الثلاث؛ فإن الحاجة فيه ثابتة نظراً إلى دليلها وهو الإقدام على الطّلاق في زمان تجدد الرغبة على ما ذكرناه.

والنوع الثاني: هو أن يطلقها واحدة في طهر جامعها فيه أو في الحيض الذي يليه هو، أو طلّقها واحدة في الحيض على ما في «فتح القدير»، وإلى هذا أشار بقوله: (**أو في طهر جامعها فيه**) هكذا في أكثر النسخ، وفي بعضها هكذا: «أو واحدة في طهر جامعها فيه» وهو الصحيح الموافق لعامة المتون.

(**وكذا تطليقها**) أي: واحدة (**في الحيض**) أي: في حيض المدخول بها؛ لأن التطليق في حيض الغير المدخول بها ليس ببدعي، بل سنّي على ما مرّ، وهذا النوع محظور بالاتفاق على ما ذكرناه.

واختلفت الرواية في الواحدة البائنة، وذكر في «الأصل» أنه أخطأ السنة؛ لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة.

وفي «الزيادات»: إنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً.

وَتجبُ مراجعتُها فِي الْأَصَحِّ.

وَقيل: يسْتَحبُّ.

فَإِذا طَهُرت ثمَّ حَاضَت، ثمَّ طَهُرت.. طَلَّقهَا إِن شَاءَ.

وَقيلَ: يجوزُ أَن يطلِّقهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِي تِلْكَ الْحَيْضَةِ.

(**وتجب مراجعتها**) فيما إذا طلّقها في الحيض (**في الأصح**) إن كانت مدخولاً بها لقوله ﷺ لعمر: «مر ابنك فليراجعها» وقد طلقها في الحيض، والأصل في الأمر: الوجوب، ولأن إيقاع الطلاق في الحيض معصية، والسبيل في المعاصي رفعها مهما أمكن - كالبيع الفاسد - برفع أثرها وهي العدة.

(**وقيل: يستحب**) مراجعتها، والأول: أصح؛ لأن حمل الأمر على الوجوب أولى منه على الاستحباب؛ لأنه حقيقة في الوجوب.

وفي «شرح الطحاوي»: والطلاق في حالة الحيض مكروه للمدخول بها، ويؤمر بأن يراجعها، ولا يجبر عليه.

وفي «الخانية» عن «الذخيرة»: والمرأة التي خلا بها زوجها في حق مراعاة وقت الطلاق بمنزلة المدخول بها؛ لأن الخلوة أقيمت مقام الدخول في هذا الحكم احتياطاً.

(**فإذا طهرت**) أي: إذا طلق امرأته المدخول بها حال الحيض وراجعها [٣٩٢/ب] وطهرت من تلك الحيضة، (**ثم حاضت**) حيضة أخرى، (**ثم طهرت.. طلقها إن شاء**)، وإن شاء أمسكها في ظاهر الرواية، وهو المذكور في «الأصل».

(**وقيل: يجوز أن يطلّقها في الطهر الذي يلي تلك الحيضة**)، وهذا رواية الطحاوي، والتوفيق بين الروايتين على ما ذكره الكرخي أن ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكر في «الأصل» قولهما.

ووجه ما في «الأصل»: ما رواه البخاري ومسلم مسنداً على نافع عن عبد الله ابن عمر أنه ﷺ قال لعمر: «مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم

وَلَو قَالَ للموطوءَةِ: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً للسُّنَّةِ».. وَقع عِنْدَ كلِّ طُهرٍ وَاحِدَةٌ.

تطهر، إن شاء.. أمسك، وإن شاء.. طلق قبل أن يمسّ».

ولأن السنة أن يفصل بين كل طلقتين بحيضة، والفاصل هنا بعض الحيضة، فتكمل بالثانية، وهي لا تتجزأ فتكمل.

ووجه رواية الطحاوي: ما رواه مسلم والترمذي عن سالم عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ، فقال: «مره فليراجعها، ثم ليطلقها إذا طهرت»، ولأن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلّقها في الحيض، فيسنّ تطليقها في الطهر الذي يليه.

وفي «الخانية»: إذا طلق امرأته وهي حامل، ثم راجعها فولدت، فاغتسلت من النفاس.. فله أن يطلّقها للسنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن لم يتم بين الطلقتين شهَرٌ ودمٌ، وفصلُ النفاسِ بين الطلاقين كالحيضِ.

ولو طلقها وهي صغيرة، ثم حاضت وطهرت قبل مضي الشهر.. فله أن يطلقها أخرى في قولهم جميعاً.

وإن طلّقها وهي من ذوات الأقراء، ثم أيست.. فله أن يطلقها أخرى حين تيأس عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يطلّقها حتى يمضي شهر. انتهى.

(ولو قال للموطوءة) حقيقة أو حكماً - فيشمل المدخول بها - **(أنت طالق ثلاثاً للسنة.. وقع عند كل طهر واحدة)**؛ لأنه مطلق، فيتناول الكامل، هذا إذا لم ينو شيئاً، أو نوى أن يقع عند كل طهر طلقة وكانت هي من ذوات الأقراء.

وإن كانت من ذوات الأشهر.. يقع للحال طلقة، وبعد شهر طلقة أخرى؛ لقيام الشهر مقام الحيض.

وكذا الحال لو قال هذا قبل الدخول.. وقع للحال طلقة واحدة، ثم لا يقع عليها قبل التزوج.

وَإِنْ نوى الْوُقُوعَ جملَةً.. صحت نِيَّتُهُ.

وكذا الحال لو قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة، أو طلاق السنة، أو أحسن الطلاق، أو أعدله.

وفي «الخانية»: ألفاظ تحمل على السنة بلا نية، قوله: «أنت طالق للسنة» أو «بالسنة» أو «مع السنة» أو «العدة» أو «طلاق عدة» أو «أحسن طلاق» أو «أجمله» أو «طلاق الحق» أو «القرآن» أو «الكتاب» أو «العدل» أو «الدين» أو «الإسلام» أو «أعدل الطلاق».

ومنها ما يقع إن نوى، وإلا في الحال؛ كقوله: «أنت طالق في كتاب الله» أو «به» أو «معه».

وفي «شرح الطحاوي»: ولو قال: أنت طالق تطليقة نبيلة، أو جميلة، أو عدلة، أو حسنة؛ فإن ظاهر الرواية.. يقع في الحال؛ سواء كانت الحال حالة الحيض أو حالة الطهر، ولا يكون للسنة، وروي عن أبي يوسف: أنه يكون للسنة فيقع لوقت السنة.

وفي «الخانية» أيضاً: [٣٩٣/أ] إذا قال لامرأته المدخول بها وهي من ذوات الأقراء: أنت طالق للسنة.. وقع تطليقة للحال؛ إن كانت طاهرة من غير جماع. وإن كانت حائضة أو كانت في طهر جامعها فيه.. لم يقع للحال شيء حتى يأتي وقت السنة.

وفي «الخلاصة»: ولو نوى الثلاث جملة.. لا يصح ويقع متفرقاً.

وقيل: كما لو نص على الثلاث على ما سنبينه.

(**وإن نوى الوقوع جملة.. صحت نيته**) ويقع ما نوى الساعة؛ سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض أو حالة الطهر.

وقال زفر: لا تصح نية الجمع؛ لأنه نوى ضد السنة، والشيء لا يحتمل ضده.

ولنا: أنه نوى ما يحتمل لفظه، وذلك لأن اللام في قوله: «للسنة» للوقت،

والمعنى: «أنت طالق ثلاث» أوقات السنة، والسنة تكون: تارة كاملة إيقاعاً ووقوعاً، وتارة تكون وقوعاً فقط - فكان كل منهما محتملاً، فعند عدم النية.. يكون اللفظ مطلقاً فينصرف إلى الكامل، وعند النية.. ينصرف إلى ما نوى؛ لأنه سني وقوعاً من حيث إن وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة، وهي: ما روي أنه ﷺ قال: «من طلق امرأته ألفاً.. بانت منه بثلاث، والباقي رد عليه» - لا إيقاعاً، فلم يتناوله مطلق كلامه؛ لعدم كماله.

ويتناوله عند نية كما لو قال: كلّ مملوك لي حرّ.. لم يتناول المكاتب إلا بالنية؛ لقصوره في المملوكية.

فإن قيل: لما كانت اللام للوقت.. كان تقديره: «أنت طالق ثلاثاً أوقات السنة»، على ما ذكرنا، ولو قال ذلك ونوى الوقوع جملة.. لا تصح نيته، فكيف يصح هنا؟!

قلنا: اللام ليست بصريحة في الوقت، بل هي مما يحتمله، فتصح النية لما يحتمله لفظه، وأما لفظه: «أوقات السنة».. فهي صريحة لا تحتمل خلافه، فلا تصح نية الوقوع جملة، بل يقع متفرقاً على الأطهار المنصوص عليها.

فإن قيل: الوقوع لا يتحقق إلا بالإيقاع؛ لأنه انفعاله؛ فإذا صح الوقوع.. صحّ الإيقاع، فكان سنياً وقوعا وإيقاعا، وليس كذلك.

أجيب: بأنّ الوقوع لا يوصف بالحرمة؛ لأنه ليس فعل المكلّف؛ ولأنه حكم شرعي وهو يوصف بالبدعة، والإيقاع يوصف بها؛ لكونه فعل المكلّف، فكان الوقوع أشبه بالسنة المرضية.

وإذا قال: «أنت طالق للسنة» ولم يذكر الثلاث ولم ينو؛ **فإن كانت طاهرة لا يجامعها**.. طلقت في الحال، **وإن كانت حائضا أو في طهر جامعها فيه**.. لم تقع الساعة؛ فإذا حاضت وطهرت.. وقعت تطليقة.

وإن نوى ثلاثاً جملة.. اختلفوا فيه:

وَيَقَعُ طَلَاقُ كلِّ زوجٍ عَاقلٍ بَالغٍ وَلَو مُكْرهاً،

قيل: لا يصح، واختاره صاحب «الهداية» وفخر الإسلام والصدر الشهيد.

وقيل: يصح كما لو ذكر ثلاثاً، واختاره صاحب «الأسرار» والإمام السرخسي وشيخ الإسلام.

وجه الأول: أن نية الثلاث إن صحت.. فإنما تصح من حيث إن اللام فيه للوقت، ووقت طلاق السنة متعدّد، فيفيد تعميم الوقت، ومن ضرورة تعميم الوقت: تعميم الواقع فيه؛ فإذا نوى الجمع.. بطل تعميم الوقت، فيبطل تعميم الواقع فيه أيضاً؛ لأن بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى، فلا تصح نية الثلاث، بخلاف ما إذا ذكر؛ [٣٩٣/ب] لأن الثلاث مذكور صريحاً فتصح نيته.

ووجه الثاني: أن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللّام نوعان: حسن وأحسن على ما مر معناهما؛ فإذا نوى الثلاث.. فقد نوى أحد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته.

والأول هو الأصح؛ لأن دليل الثاني إنما يدل على وقوع الثلاث متفرقاً على الأطهار كما ترى، والمدعى: وقوعه جملة.

(**ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ**) قيل: تنتقض هذه الكلية بالمبانة، حيث لا يلحقها الطلاق البائن على ما سيأتي.

وأجيب: بأن ذلك يعارض استحالة تحصيل الحاصل، حتى لو كان صريحاً يلحقها، وبأنه: لم يقل: إنه يقع كلّ طلاق كل زوج حتى ينتقض به، وطلاق هذا الزوج مما يقع في الجملة، بدليل وقوعه قبل ثبوت البينونة، ولأن المراد بالزوج: الزوج من كل وجه، وهذا الزوج ليس بزوج من كلّ وجه.

(**ولو مكرهاً**) خلافاً للشافعي، هو يقول: لا يقع طلاق المكره؛ لقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» والمراد: حكمه، فيشمل حكم

الدارين؛ ولأنه يسلب الاختيار، والتصرف الشرعي لا يعتبر بدون الاختيار والقصد، فصار كالإكراه على الإقرار بالطّلاق.

بخلاف الهازل؛ لأنه مختار في التكلم بالطلاق.

ولنا: ما روي مرفوعاً: «كل طلاق جائز، إلا طلاق الصبي والمجنون»، ولا نسلم أنه ينافي الاختيار؛ لأنه عرف شرين: الهلاك والطلاق، فاختار أهونهما، والاختيار الأهون: آية القصد والاختيار بإيقاعه، إلّا أنه فات رضاه بحكمه، وذلك لا يحل بوقوعه كما في الهازل، وهو الذي يقصد السبب دون الحكم، لكنه لا بد أن يتلفظ بالطلاق، حتى لو أكره على الكتابة بالطلاق وكتب مكرهاً: «فلانة بنت فلان طالق».. لا يقع، كما صرح به في «البزازية».

والحاصل: أن الإكراه مطلقاً، ملجئاً أو لا.. لا ينافي الخطاب، ولا أهلية الوجوب؛ لبقاء الذمة والعقل والبلوغ، ولأن ما أكره عليه؛ إما فرض أو مباح أو رخصة أو حرام، وكل ذلك من آثار الخطاب، حتى إنه **يؤجر على ذلك المكره عليه** مرة، كما إذا كان فرضاً، كالإكراه بالقتل على شرب الخمر، **ويأثم أخرى** كما إذا كان حراماً كالإكراه على قتل مسلم بغير حقّ، **أو يؤجر على الترك في** الحرام والرخصة، **ويأثم في** الفرض والمباح، وكل من الأجر والإثم إنما يكون بعد تعلق الخطاب؛ فإذا كان مخاطباً.. كان إيقاعه في منكوحته في حال أهليته، فلا يعرى عن حكمه البتة؛ لامتناع التخلف.

بخلاف الإكراه على الإقرار؛ لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب، وقيام السيف على رأسه يرجح جانب الكذب، ولو أقر بالطلاق حالة الاختيار.. يقع الطلاق به في الحال، والمراد بما رواه: أحكام الآخرة؛ حملاً له على المجمع عليه، ولكن القاضي إذا حكم بعدم وقوع طلاق المكره وكذا السكران.. نفذ حكمه على ما في «العمادي» و «الخلاصة»؛ لأنه حكم في فصل مجتهد فيه. **وجملة ما** [٣٩٤/أ] **يصح من الأحكام مع الإكراه عشرة**: الطلاق، والعتاق، والنكاح، والعفو عن القصاص، والرجعة،

والإيلاء، والفيء في الإيلاء، والظهار، واليمين، والنذر؛ لأن هذه تصرفات شرعية لا يفتقر وقوعها إلى الرضا، بدليل أنها تصح مع الهزل والخطأ؛ ولأنها تصرفات لا يصح أن يكون الفاعل فيها آلة للحامل حتى يسند الفعل إليه، كذا في أكثر الكتب.

وذكر في «البحر» عن «خزانة أبي الليث»: أن جملة ما تصح مع الإكراه ثمانية عشر:

تسعة منها ما ذكرناه من أكثر الكتب غير الفيء، ولم يذكر في «الخزانة» الفيء.

وتسعة منها: الحلف بالطلاق، أو عتاق، وإيجاب الصّدقة، وقبول المرأة الطلاق على مال، والإسلام، وقبول الصلح عن دم العمد على مال، والتدبير، والاستيلاد، والرضاع.

فصارت الجملة مع الفيء تسعة عشر.

وزاد في «البحر» عن «القنية»: قبول الوديعة.

فصارت الجملة عشرين.

ثم قال: والتحقيق: أنها ستة عشر؛ لأن الطلاق يشمل: المعلق، والمنجز، والطلاق على مال.

وكذا العتق: يشمل المعلق والمنجز.

والنذر: يشمل: إيجاب الصدقة.

فالزائد على العشرة: الإسلام، وقبول الصلح، والتدبير، والاستيلاد، والرضاع، وقبول الوديعة.

قال في إكراه «قاضي خان» و«الخلاصة»: لو أكره الكافر على الإسلام فأسلم.. صح إسلامه، ولكن لو ارتّد بعده.. يحبس، ولا يقتل استحساناً. انتهى.

أطلقا الكافر، وقيده في سير «قاضي خان» و«التاتارخانية» بالحربي، فإنهما قالا: إن المكره على الإسلام إذا كان ذمياً.. لم يصحّ إسلامه، وإن كان حربياً.. يصح؛ لأن

أَو سَكرَانَ، ....

إكراه الذمي على الإسلام باطل؛ لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون، بخلاف الحربي؛ لأنا أمرنا بمجادلتهم جبراً لهم على الإسلام.

(أو سكران) خلافاً للكرخي والطحاوي - وهو أحد قولي الشافعي - حيث قالوا: إن تصرفات السكران كلها لا تصح، حتى بيعه وشراؤه وإقراره، مستدلاً: بأن صحة القصد بالعقل، وهو فاقد العقل، فصار كزواله بسكر بطريق مباح؛ كسكر المضطر إلى شرب الخمر، والسكر الحاصل من الأدوية كالبنج والأفيون، والأغذية المتخذة من غير العنب؛ كالحنطة والشعير والعسل، وهذا كالإغماء والنوم.. يمنع صحة جميع التصرفات بالإجماع، حتى الطلاق والعتاق.

ولنا: أنه مخاطب شرعاً لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ﴾؛ لأن قوله تعالى: ﴿وأنتم سكارى﴾ ليس متعلقاً بالنهي، بل المنهي عنه، والمعنى: كفُّ النفس عن الصلاة المقرونة بالسكر، يعني: أنهم خوطبوا في حالة الصحو بأن لا يقربوا الصلاة حالة السكر، فيلزم كونهم مخاطبين بذلك حالة السكر، فلا يكون السكر منافياً لتعلق الخطاب، فالسكر من الشراب المحرم.

وكذا من المثلث لا يبطل الأهلية؛ لتحقق الذمة بالعقل والبلوغ، إلا أنه يمنع استعمال العقل بواسطة غلبة السرور، فيلزمه جميع التكاليف من الصلاة والصوم وغيرهما [٣٩٤/ب] وإن كان لا يقدر على الأداء.

وتصحّ عباراته في الطلاق، والعتاق، والبيع، والإقرار، وتزويج الصّغار والإقراض، والاستقراض وغيرها؛ لأن مبنى الخطاب على اعتدال الحال؛ أعني: مرتبة العقل بالملكة من المراتب الأربعة على ما بين في محلّه، وقد أقيم البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً له، وبالسكر لا يفوت إلّا قدرة فهم الخطاب بسببٍ هو معصية، فيجعل في حكم الموجود؛ زجراً له؛ ويبقى التكليف متوجهاً في حقّ الإثم ووجوب القضاء.

بخلاف ما إذا كان بآفة سماوية كالنوم والإغماء؛ فإنه يصلح عذراً دفعاً للحرج.

وبخلاف ما إذا كان بطريق مباح؛ لأنه لم يكن زواله معصية.

على أن سكر المضطرّ على شرب الخمر مختلف فيه:

قيل: يقع طلاقه، وبه جزم في «الخلاصة» معلّلاً بأنّ زوال العقل حصل بفعل هو محظور في الأصل، وإن كان مباحاً بعارض الإكراه، ولكن السبب الداعي للحظر قائم، فأثر قيام السبب في حق الطلاق. انتهى.

وقيل: لا يقع، وصححه قاضي خان في شرح «الجامع الصغير» و«فتاواه»، وفي «فتح القدير»: وهو الأحسن.

وإطلاق المصنف يناسب الأول، وإنه يناسب أيضاً قول محمد من أنه لو سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل فطلق امرأته.. يقع طلاقه عنده، خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف، والفتوى على قول محمّد على ما في «فتح القدير»، وصحح في «قاضي خان» في فتاواه قولهما.

ولو أكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب وغاب عقله.. وقع طلاقه على ما اتفق عليه فتوى مشايخ الحنفية والشافعية؛ لإفتاهم بحرمته بعد أن اختلفوا فيها؛ فأفتى المزني بحرمتها. وأفتى أسد بن عمرو بحلّها.

وفي «فتح القدير»: إن المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء من الحل والحرمة؛ لعدم ظهور شأنها في زمانهم، ثم لما ظهر من أمرها من الفساد كثير وفشي.. عاد مشايخ المذهبين إلى حرمتها وأفتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله منها.

وفي «البحر» عن «المبتغى»: من قال بحلّه.. فهو زنديق، وممّن صرّح بحرمة الحشيش والبنج والأفيون: الحدادي في «الجوهرة» في آخر الأشربة، وصرّح بتعذير من أكله.

وفي «فتح القدير» أيضاً: وعدم وقوع الطلاق بالبنج والأفيون؛ لعدم المعصية؛ فإنه يكون للتداوي غالباً، فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية، حتى لو لم يكن

للتداوي بل للهو وإدخال الآفة قصداً.. ينبغي أن يقع طلاقه؛ فإن عبد العزيز الترمذي قال: سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج، فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته، قالا: إن كان حين شرب يعلم أنه بنج.. فتطلق امرأته، وإن لم يعلم.. لم تطلق، ومعلوم أن الضرورة مبيحة.

ومن هذا قلنا: إذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق.. لا يقع طلاقه، والحكم لا يضاف إلى علة العلة كالشرب إلّا عند عدم صلاحية العلة، أعني: الصداع للقطع بأن أثرها لا يصل إلى المعلول الأخير، ولو تنزلنا عنه فالشرب ليس [٣٩٥/أ] موضوعاً للصداع، بل يثبت الصّداع اتفاقاً عند استعداد الطبيعة له في ذلك الوقت، فصار شرب الذي وجد عند الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية، لما لم يكن موضوعاً للمعصية.. لم يوجب التشديد بمنع الترخّص، فلم يضف زوال العقل إليه لسبب التشديد.

بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل، بل زال به حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل إليه وهو المعصية، وظهر منه: أن البنج والأفيون حرام لا للتداوي.

وفي «البزازية»: الوكيل بالطّلاق طلّقها في سكره.. لا يقع؛ لأن وقوع طلاق السكران عقوبة عليه، قال الفقيه: هذا خلاف الرواية والدّراية، ويقع طلاق الوكيل كما يقع طلاق الموكل في السكر، ولأن التوكيل بالطّلاق تعليق الطّلاق بلفظ الوكيل.

وفي «الخلاصة»: وكلّ رجلاً بالطّلاق فطلّق في حال السّكر؛ إن كان وكله وهو سكران.. يقع، وإن وكّله وهو صاح حينئذ فسكر وطلق.. لا يقع، هكذا حكى فتوى شمس الأئمة.

وقيل: هذا إذا كان الطلاق على مال؛ أما في الطلاق بغير المال.. فيقع على كل حال. انتهى.

أَو أخرسَ بِإشارتِهِ الْمَعْهُودَةِ، ....

ولو شتم في حال سكره بلفظ الجماع دين زوجته وإيمانها.. لا تكون مبانة على ما وقع عليه فتوى مشايخ الإسلام.

(أو أخرس بإشارته المعهودة)؛ لأن إشارته المعهودة قائمة مقام عبارة الناطق دفعاً للحرج، وعلى هذا جميع تصرّفاته إذا كانت تعرف بإشارته؛ كإعتاقه وبيعه وشرائه؛ سواء قدر على الكتابة أو لا.

وهذا استحسان بالضرورة؛ فإنه لو لم يعتبر منه ذلك.. أدى إلى موته جوعاً وعريا، ثم الشرع اعتبرها منه في العبادات، ألا يرى إذا حرّك لسانه بالقراءة والتكبير.. كان صحيحاً معتبراً، فكذا في المعاملات.

وكذا طلاق الهازل ومن سبق لسانه به.. واقع على ما في «الحاوي القدسي».

وقال في «الأشباه»: إن طلق عاقلاً أو ناسياً أو مخطئاً.. وقع، حتّى قالوا: إن الطّلاق يقع بالألفاظ الملحقة قضاء، ولكن لا بد أن يقصدها باللفظ. انتهى.

وهل يقع بالكتابة؟

قالوا: يقع، ففي «البزازية»: قال لها: إذا جاءك كتابي هذا، فوصل الكتاب إلى أبيها، فمزّقه ولم يدفعه إليها؛ **إن كان هو المتصرف في كلّ أمورها**.. فوصوله إلى أبيها في بلدها كوصوله إليها، **وإن دفع إليها ممزقا**؛ إن كان يمكن فهمه في قراءته.. وقع الطلاق، وإلّا.. لا.

الكتابة من الصحيح والأخرس على ثلاثة أوجه.

إن كتب على وجه الرسالة مصدَّراً معنوناً، وتثبت ذلك بإقراره أو بالبينة.. فكالخطاب.

وإن قال: لم أنو به الطلاق.. لم يصدق قضاء وديانة، وقيل: إنه يدين.

ولو كتب على شيء يستبين عليه امرأته أو عبده كذا إن نوى.. صح، وإلّا.. لا.

ولو كتب على الهواء أو الماء.. لم يقع شيء وإن نوى.

لَا طَلَاقُ صبيٍّ وَمَجْنُونٍ، ونائمٍ، ....

وإن كتب: «امرأته طالق.. فهي طالق؛ بعث إليها أو لا، وإن كان المكتوب «إذا وصل إليك فأنت كذا» فما لم يصل إليها.. لا تطلق.

وإن ندم ومحى من الكتاب ذكر الطلاق [٣٩٥/ب] وترك ما سواه، وبعث الكتابة إليها.. فهي طالق إذا وصل، ومحوه الطلاق كرجوعه عن التّعليق، وإنما يقع إذا بقي منه ما سمّي كتابة أو رسالة؛ فإن لم يبق هذا القدر.. لا يقع.

وإن محى الخطوط كلها وبعث إليها البياض.. لا تطلق؛ لأن ما وصل ليس بكتاب، ولو جحد الزوج الكتاب وأقامت البينة عليه أنه كتبه.. فرق بينهما في القضاء. انتهى.

(لا طلاق صبّي) ولو كان عاقلاً مراهقاً على ما في «البحر».

(ومجنون)؛ لما رويناه من قوله ﷺ: «كل طلاق جائز، إلّا طلاق الصبي والمجنون»، ولأن أهلية التصرف بالعقل المميّز وهما عديما العقل؛ أما المجنون: فظاهر، وأما الصبي: فلأن المراد بالعقل ههنا هو العقل بالملكة، أي: ملكة الانتقال من الضروريات إلى النظريات، والصبي وإن اتّصف بالعقل حتى يصحّ إسلامه، لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ لقلة تجاربه، فلا يعتبر فيما له فيه مضرة، والاطلاع على تلك الملكة لمّا تعذّر، والتجاريب عند البلوغ قد تكاملت، والقوى الجسمانية التي هي مراكب القوة العقلية تعاضدت عنده.. أقام الشرع البلوغ مقام تلك الملكة وجعله مناط التكليف، ولم يجعل للصبي مناطاً له.

(ونائم)؛ لأنه عديم الاختيار في التكلم، وفي «الخلاصة»: النائم إذا طلق امرأته في المنام فلما استيقظ قال لامرأته: طلقتك في النوم.. لا يقع، ولو قال بعد ذلك: أجزت ذلك الطلاق.. لا يقع الطلاق، ولو قال: أوقعت ذلك الطلاق.. يقع.

وكذا الصبي لو قال: أوقعت ما تلفظت في حالة النوم.. لا يقع. انتهى.

وَسيِّدٍ على زَوْجَةِ عَبدِهِ.

يعني: إذا طلق الصّبي امرأته، ثم قال بعد البلوغ: أجزت.. لا يقع، ولو قال: أوقعت ذلك الطلاق.. يقع على ما صرّح به في «الخانية».

ثم قال: وكذلك لو أن رجلاً طلق امرأة الصبي، فقال الصبي بعد بلوغه: أوقعت الطلاق الّذي أوقعه فلان.. يقع، ولو قال: أجزت ذلك.. لا يقع. انتهى.

قلت: هذا بناء على ما تقرر عندهم أن كلّ عقد له مجيز حال وقوعه.. يتوقف على إجازته، وكل عقد لا مجيز له حال وقوعه.. فإنه لا يتوقف ويبطل في الحال، فطلاق الفضولي في حق النائم والصبي والمجنون لا ينعقد أصلاً، فلا يقع بإجازتهم، وأما قولهم: «أوقعت ذلك الطلاق»، فهو إنشاء الطلاق ابتداء فيقع.

وقال في «قاضي خان» قبيل هذه المسألة: إذا جمع بين امرأتين له، أحدهما صحيحة النكاح، والأخرى فاسدة، وقال: إحداكما طالق.. لا تطلق صحيحة النكاح؛ كما لو جمع بين منكوحته وأجنبية وقال: إحداكما طالق.

ولو كان له امرأتان، اسم كل واحد منهما زينب، وإحداهما صحيحة النكاح والأخرى فاسدة، فقال: زينب طالق.. طلقت صحيحة النكاح، وإن قال: عنيت به الأخرى.. لا يصدق قضاء؛ كما لو قال: زينب طالق، وامرأته زينب.. طلقت امرأته؛ فإن قال عنيت به زينب أجنبية.. لا يصدق قضاء.

وكذا لو قال: إحدى امرأتي طالق.. طلقت صحيحة النكاح.

ولو جمع بين صحيحة النكاح وفاسدة النكاح، فقال: طلقت إحداكما.. طلقت صحيحة النكاح؛ [٣٩٦/أ] كما لو جمع بين منكوحته وأجنبية، وقال: طلقت إحداكما.. طلقت منكوحته. انتهى.

(و) طلاق **(سيد على زوجة عبده)**، وإنما يقع طلاق العبد نفسه؛ رضي به المولى أو لا، لما رواه ابن ماجه أنه ﷺ قال: «ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»، ولأن ملك النكاح حق العبد؛

واعتبارُهُ: بِالنسَاءِ؛ فطلاقُ الْحرَّةِ: ثَلَاثٌ، وَلَو تَحتَ عبدٍ، وَطَلَاقُ الْأَمَةِ: ثِنْتَانِ وَلَو تَحتَ حُرٍّ.

لكونه آدمياً، وكونه مملوكاً من حيث المالية لا من حيث الآدمية، فلا منافاة بين كونه مالكاً وبين كونه مملوكاً؛ فإذا كان الملك حقه.. كان الإسقاط عليه دون المولى.

(واعتباره) أي: اعتبار الطلاق (بالنساء، **فطلاق الحرة: ثلاث ولو تحت عبد، وطلاق الأمة: ثنتان، ولو تحت حر**).

وقال الشافعي: الطلاق معتبر بحال الرجال؛ لقوله ﷺ: «الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء»، ولأن صفة المالكية كرامة، والآدمية مستدعية لها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾، ومعنى الآدمية في الحر أكمل، فكانت مالكيته أبلغ وأكثر.

ولنا: ما رواه الترمذي من حديث عائشة مرفوعاً أنه ﷺ قال: «طلاق الأمة اثنتان، وعدتها: حيضتان»، والمراد: جنس الأمة؛ إذ لا عهد، فلو كان الطلاق معتبراً بالرجال.. لكان لبعض الإماء اثنتين، فلم تبق اللام للجنس، ولأن حل المحلية نعمة في حقها، وللرق أثر وينصف النعمة، إلا أن العدة لا تتجزأ، فتتكامل العدتين، وتأويل ما روي: أن الإيقاع بالرجال على أنه معلول بالمعارضة بسبب إعراض الصحابة عن العمل بمضمونه، فيحمل على السهو من الراوي، أو على النسخ. والله أعلم.

* * *

(بَابُ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ)

صَرِيحُهُ: مَا اسْتُعْمِلَ فِيهِ خَاصَّةً، وَلَا يحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ....

بَابُ إِيقَاعِ الطَّلَاق

لما ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية: السني والبدعي.. أراد أن يبين ما به الإيقاع والوقوع، ألفاظاً مخصوصة يأتي بيانها.

(صريحه: ما استعمل فيه) أي: في الطّلاق **(خاصّة، ولا يحتاج إلى نية)**، علّل في «الهداية» كونه صريحاً بقوله: «لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطّلاق، ولا تستعمل في غيره» وإليه أشار المصنف بقوله: «خاصّة»، وعلّل عدم احتياجه إلى النية بقوله: «لأنه صريح في الطّلاق لغلبة الاستعمال فيه».

ولا يخفى عليك ما بين التعليلين من الدافع؛ فإن الموصوف بالغلبة في التعليل الثاني هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره، والمعتبر في مفهوم الغلبة: الاستعمال في الغير قليلاً؛ للتقابل بين الغلبة والاختصاص، فالأولى: أن يعلل عدم الاحتياج على النية بقوله: «لأنه صريح فيه»، والصريح يقوم لفظه مقام معناه؛ لكثرة استعماله فيه، وظهور المراد منه ظهوراً بيناً، وما هو كذلك: لا يحتاج إلى النية؛ لتعلق الحكم فيه بعين اللّفظ.

وقال في «البحر»: إن قولهم الصريح لا يحتاج إلى النية، إنما هو في القضاء؛ أما في الدّيانة.. تحتاج إليها، لكن وقوعه في القضاء بلا نية إنما هو بشرط أن يقصدها بالخطاب، بدليل ما قالوا: لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول: أنت طالق، ولا ينوي الطلاق.. لا يطلق.

وفي متعلم يكتب ناقلاً [٣٩٦/ب] من كتاب رجل، يقول: ثم يقف ويكتب: «امرأتي طالق» وكلما كتب.. قرن الكتابة بالتلفظ بقصد الحكاية.. لا يقع عليه. انتهى.

وَهُوَ: «أَنْت طَالِقٌ، ومطلَّقةٌ، وطلَّقتُكِ».

وَتَقَعُ بِكُلٍّ مِنْهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ،

ويدل عليه أيضاً ما في «القنية»: امرأة كتبت «أنت طالق»، ثم قالت لزوجها: اقرأ علي، فقرأ.. لا تطلق.

(وهو: **أنت طالق ومطلَّقة وطلَّقتك**) بتشديد اللّام من التطليق لا من الإطلاق بتخفيفها؛ فإنه ليس من الصريح، بل هو ملحق بالكناية؛ لعدم استعماله في الطلاق عرفاً، وقد ذكرناه.

ثم عبارة «الكنز» أولى منه؛ حيث قال: كانت طالق ومطلقة وطلقتك بطريق التمثيل؛ فإنه يفيد عدم حصر الصريح في المذكور، بخلاف كلام المصنف؛ فإنه يفيد الحصر، والحصر ليس بمراد لما سيأتي ذكره من ألفاظ الصريح غير هذه الثلاثة.

واعلم: أن كلّ لفظ يظهر فيه عرف فاش في الطلاق.. فإنه يكون صريحاً في الطلاق عند أهل ذلك العرف على ما صرّح به في «فتح القدير» من باب إيقاع الطّلاق.

وعن هذا قال مشايخ الإسلام: إن قولهم بالتركية: «أولسون» في جواب من قال: بن دركم أو لسونمي، إن كان عرفاً عامّاً في الطلاق.. يقع به الطلاق، وإلا.. فلا، يعني: أن مرادهم به: الطلاق الرجعي.

وقال في «البحر»: ومن ألفاظ الصريح: شئت طلاقك، ورضيت طلاقك، وأوقعت عليك طلاقك، وخذي طلاقك، ودفعت لك طلاقك، وأودعت لك طلاقك، ووهبت لك طلاقك... إلى غير ذلك.

ومن ألفاظ الصريح أيضاً: الألفاظ وهي خمسة: تلاق، وتلاغ، وطلاغ، وتلاك [و«ط ا ل ق»]؛ فإنه يقع بكل منها رجعيّة لكونها صريحاً.

(**وتقع بكلّ منها واحدة رجعيّة**)؛ لأنها صريحة فيه، والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾، والمراد

بالإمساك بالمعروف: هو الرجعة، وقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ إنما يكون أحقّ وأولى إذا كان النكاح باقياً، وتسمية الزوج بعلاً يدل على بقاء الزوجيّة أيضاً، والرد لا يقتضي الخروج عن الملك؛ كما يقال: «ردّ البائع المبيع» إذا فسخ البيع بشرط الخيار، وبشرط الخيار لا يخرج المبيع عن ملكه.

وفي «البحر» عن «الصّيرفية»: لو قال لها: أنت طالق ولا رجعة لي عليك.. فرجعية، ولو قال: على أن لا رجعة لي عليك.. فبائن. انتهى.

وهذا لأن اللفظ صريح في الرجعية وقد وقع ذلك بأول كلامه، فلا اعتبار بنفيه ثانياً، بخلاف قوله: «على أن لا رجعة لي عليك»؛ لأنه شرط فيتوقف أول كلامه عليه، فظهر منه أن وقوع الرجعي بالصريح مقيد بعدم العارض، ولهذا قال في «فتح القدير»: إن للصريح حكمين: كونه يعقب الرجعة، وعدم احتياجه إلى نية:

أما الأول: فقيد بما إذا لم يعرض عارض من تسمية مال أو ذكر وصف بما ينبئ عن الشدة على ما سيأتي.

وفي «السراجية»: صريح الطلاق قبل الدخول: يكون بائناً، وبعده: يكون رجعياً إذا كان بلا مال. انتهى.

وذكر في «شرح النقاية» للقهستاني: أنّ الجزاء إذا كان [٣٩٧/أ] صريحاً.. فالشرط يوجب طلاقاً رجعيّاً؛ كما إذا كان بائناً.. فبائناً، ووجه وقوع الواحدة بها سيأتي بيانه.

فإن كانت الطلقة صريحة.. لم يدين في القضاء فيما إذا نوى بها الطّلاق عن وثاق؛ لأنه خلاف الظاهر، فلم تؤثر فيه النية، وليس للمرأة أن تصدقه في ذلك أيضاً، حتى لا يحلّ لها أن تمكنه على ما في «العناية».

ويدين فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نوى ما يحتمله، ولم يدين قضاء، ولا ديانة فيما إذا نوى الطّلاق عن العمل في ظاهر الرواية؛ لأن الطّلاق لرفع القيد النكاحي، وهذا القيد غير مقيد بالعمل، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنه يدين فيما بينه

وَإِن نوى أَكثرَ.

وبين الله تعالى؛ لأن الطلاق يستعمل للتخليص فكأنه قال: أنت مخلصة من العمل، وهذا إذا لم يصرّح بذكر العمل.

وأما إذا قال: أنت طالق من هذا العمل.. صدق ديانة - لوجود البيان الموصول - لا قضاء؛ لأن الطلاق ليس بمستعمل فيه؛ لا حقيقة ولا مجازاً، هذا كله إذا لم يقترن بالعدد أما لو اقترن به.. لم يلتفت إلى ذكره أصلاً.

ولهذا قال في «البحر»: إن ههنا ثلاثة ألفاظ: الوثاق والقيد والعمل، وكل منها؛ إما أن يذكر أو ينوي؛ فإذا ذكر: فإمّا أن يقترن بالعدد أو لا؛ فإن اقترن بالعدد.. لا يلتفت إلى ذكره ويقع الطلاق بلا نية؛ كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً من هذا القيد.. تطلق ثلاثاً، ولا يصدق في القضاء، وإن لم يقترن بالعدد.. وقع في ذكر العمل قضاء لا ديانة نحو: أنت طالق من هذا العمل.

وفي لفظي الوثاق والقيد.. لا يقع أصلاً.

وإن لم يذكر شيئاً من هذه الألفاظ الثلاثة، وإنما نواها.. لا يدين في لفظ العمل، ويدين في الوثاق والقيد.

وفي «المحيط»: لو قال: أنت طال بترخيم القاف حالة الرضاء.. لا يقع ما لم ينو؛ لأنه كالكتابة، ولو قال: «يا طال».. يقع؛ لأن الترخيم يجري كثيراً في المنادى؛ فكأنه أفصح بالقاف، ولو تهجى بالطلاق.. تطلق إذا نوى.

وفي «الخلاصة»: رجل قال لآخر: أطلّقت امرأتك؟ فقال بالهجاء: «ن ع م» يعني: نعم، أو قال لها ابتداء: «أنت ط ا ل ق»؛ يعني: طالق.. يقع، بخلاف ما لو قرأ آية السجدة بالهجاء حيث لا تلزمه السجدة؛ لأنه ليس بقرآن.

أما الطّلاق يتعلق بلفظ يدل عليه.

(وإن) - وصلية - **(نوى أكثر)** من واحدة.

وقال زفر والشافعي: يقع ما نوى؛ لأنه محتمل لفظه؛ فإن ذكر الطّالق ذكر

للطلاق لغة، كذكر العالم ذكر للعلم، ولهذا يصح قران العددية ويكون نصباً على التفسير، فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك ونوى الثلاث. فإن نيته صحيحة بالاتفاق.

وكما إذا قال: أنت بائن ونوى الثلاث، أو قال: أنت الطلاق، أو طالق الطلاق، أو طالق طلاقاً ونوى الثلاث على ما سيصرح به.

ولنا: أن ذكر طالق إنما يدل لغة على طلاق هو صفة المرأة، لا على طلاق هو صفة الرجل وهو تطليقه، وإنما يثبت التطليق بطريق الاقتضاء ضرورة أن المرأة لا تتصف بالطلاق شرعاً ما لم يثبت التطليق من قبل الزوج، وما ثبت اقتضاء [٣٩٧/ب] لا عموم له؛ لأن ما ثبت بالضرورة.. يتقدر بقدرها، وقد اندفعت بواحدة، فلا حاجة إلى أزيد منها، .. فلا يصح نية الثلاث فيه، فكذا فيما يبتني عليه؛ أعني صفة المرأة؛ إذ ليس لها تعذر في نفسها، ولا نسلم أن العدد المذكور بعده تفسير له، بل هو: تغيير إلى ما لا يحتمله اللفظ؛ لأنه نعت لمصدر محذوف تقديره: طلاقاً ثلاثاً.

ولهذا قالوا: لو قال لامرأته: «طلقتك ثلاثاً» أو: «طلقتك واحدة».. يقع الطلاق بلفظ العدد لا بلفظ طلقتك.

حتى لو ماتت قبل ذكر الواحدة أو الثلاث.. لم يقع شيء؛ لفوات المحل، فعلم: أن عمل هذا الاقتران في التغيير لا في التفسير.

ولو مات هو قبل ذكر العدد.. يقع الطلاق بقوله: «طلقتك»؛ لعدم اتصال المغير له، كما قالوا في سائر المغير له من الشرط والاستثناء؛ على ما سيأتي في باب التعليق.

بخلاف: «طلقي نفسك»؛ فإنه: مختصر من «افعلي فعل الطلاق» من غير أن يتوقف على مصدر مغاير لما ثبت في ضمن الفعل؛ لأنه لطلب الطلاق في المستقبل، فلا يتوقف إلا على تصور وجوده، فيكون الطلاق الثابت به: هو نفس مصدر الفعل، فيكون ثابتاً لغة لا اقتضاء، فيكون بمنزلة الملفوظ.. فيصح حمله على

الأقل وعلى الكل.. فتصح نيته؛ كما في سائر أسماء الأجناس، ولا تصح نية الثنتين فيه؛ لأنه عدد محض في الحرة ليس بواحد اعتباري، فلا يدل عليه لفظ الجنس كما في سائر الأجناس.

وبخلاف: «أنت بائن»؛ لأن البينونة فيه، وإن ثبتت شرعاً بحسب الاقتضاء، ولكن صحة نية الثلاث فيه ليست مبنية على عموم المقتضى، بل هو من قبيل إرادة أحد معنيي المشترك بالاشتراك اللفظي والمعنوي؛ لأن البينونة تطلق على الخفيفة وعلى الغليظة، فلفظ البينونة مشترك بينهما، إما لفظاً أو معنى، ونية أحد نوعي المقتضي المشترك.. جائزة؛ لأنه لا بد أن يثبت أحدهما البتة، ولا يمكن اجتماعهما معاً، لكن.. لا يصح فيه نية عدد معين؛ إذ لا عموم فيه، ولا كذلك الطلاق؛ فإنه لا اختلاف بين أفراده بحسب النوع، بل يختلف بحسب العدد فقط.

وبخلاف: «أنت الطلاق، أو: طالق الطلاق، أو: طالق طلاقاً» على ما سنبينه.

فإن قيل: إن ما ذكرت من الوجه ظاهر في «أنت طالق» دون «طلقتك ومطلقة» فإنهما صريحان في الدلالة على ثبوت التطليق من قِبَل الزوج.. لغة لا اقتضاء، فينبغي أن تصح فيهما نية الثلاث.

قلنا: دلالتهما بحسب اللغة: إنما هي على مصدر ماض لا على مصدر حادث، فكان ينبغي أن يكونا لَغْوَين؛ لعدم تحقق الطلاق في الزمان الماضي، إلا أن الشرع أثبت لتصحيح هذا الكلام مصدراً؛ أي: طلاقاً من قبل المتكلم في الحال، وجعله إنشاء للتطليق.. فصارت دلالتهما على هذا المصدر اقتضاء أيضاً لا لغة.

حتى لو قال لها: «طلقتك» أو قال: «أنت طالق» وأراد الخبر عما مضى كذباً.. وسعه فيما بينه وبين الله أن يمسكها، وإن لم يرد الخبر عما مضى وأراد الكذب.. فهي طالق قضاء وديانة.

وكذا إذا أراد الهزل.. طلقت قضاء وديانة [٣٩٨/أ]؛ كذا في «الخانية» عن «الصغرى» عن أمالي أبي يوسف، وقال في «الخانية» أيضاً:

أو بَائِنَةٌ.

لو قال لها: «يا مطلقة»، إن لم يكن لها زوج قبله، أو كان لها زوج لكن مات.. وقع الطلاق عليها.

وإن كان لها زوج طلقها قبله؛ إن لم ينو الإخبار.. طلقت، وإن نوى به الإخبار.. صدق ديانة وقضاء على الصحيح.

ولو نوى به الشتم.. دين فقط.

وفيها أيضاً: لو قال لها: «يا طالق» وهو اسمها ولم يقصد الطلاق.. قالوا: لا يقع؛ كيا حر وهو اسمه.

(أو) نوى (بائنة)؛ لما ذكرناه: من أن ثبوت الطلاق من قبل الرجل بطريق الإنشاء.. بطريق الاقتضاء، والمقتضي: ضروري، والضرورة تندفع بالرجعى، فلا حاجة إلى البائن، ولأنه بنية الإبانة خالف الشرع؛ حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة.. فيرد عليه، وذلك أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً بالمعروف؛ على ما تلوناه، والإمساك إبقاء الشيء على ما كان؛ فما دامت العدة باقية.. كانت ولاية الرجعة باقية، وإذا انقضت من غير رجعة.. بانت، فصارت البينونة معلقة بالانقضاء.

والحاصل: أن النية مما لا تأثير لها في وقوع المراد بتلك الألفاظ: لا كماً، ولا كيفاً؛ على ما ذكرناه.

وأما لو قال لها: «لك الطلاق» قال أبو حنيفة: إن نوى الطلاق.. فهي طالق، وإن لم يكن له نية.. فلا شيء؛ على ما في «الخانية» عن «المنتقى».

وقال في «قاضي خان»: إن عنى به التفويض.. يدين.

وإذا قامت عن مجلسها.. بطل.

وإن لم ينو شيئاً.. لا رواية فيه عن أبي حنيفة، وينبغي أن يقع الطلاق، وهكذا روي عن أبي يوسف، وفي رواية عن أبي يوسف: أنه إن نوى الطلاق.. فطلاق، وإلا.. فللأمر باليد.

ولو قال: «إليك الطلاق».. فهو على التفويض في قولهم.

ولو قال: «عليك الطلاق».. فهي طالق إذا نوى؛ على ما في «الخانية».

وقال في «قاضي خان»: لو قال لها: «ثلاث تطليقات عليك».. طلقت ثلاثاً.

لو قال: «لله علي طلاق امرأتي».. لا يلزمه شيء.

ولو قال لها: «طلاقك علي واجب، أو لازم، أو ثابت، أو فرض».. قال بعضهم: - يقع في الكل طلاقاً رجعياً إن كان دخل بها؛ نوى أو لم ينو.

وقال بعضهم: لا يقع وإن نوى.

وبعضهم ذكروا فيه خلافاً فقالوا: عند أبي حنيفة يقع في الكل.

وعند محمد: في قوله: «لازم».. يقع.

وعند أبي يوسف: ينوي في الكل.

وذكر الصدر الشهيد: الصحيح أنه لا يقع في الكل عند أبي حنيفة، وذكر في «واقعاته»: الصحيح: أنه يقع في الكل.

وقال أبو جعفر: في قوله: «واجب».. يقع؛ لتعارف الناس فيه. وفي قوله: «ثابت أو فرض أو لازم».. لا يقع؛ لعدم التعارف.

وفتوى ظهير الدين المرغيناني: على عدم الوقوع في الكل؛ يعني: أنه لو قال: «علي الطلاق لا أفعل كذا»، وقال: «حلفت بالطلاق» ولم يقل من زوجتي، هل يقع الطلاق إذا فعل المحلوف عليه؟ ففي «البحر»: أنه لا يقع الطلاق بدون ذكر الزوجة؛ حيث قال فيه: لو قال: «حلفت بالطلاق» ولم يضف إليها.. لا يقع؛ كما في «البزازية» من الأيمان، وعبارتها: «قال: لا تخرج من الدار إلا [٣٩٨/ب] بإذني؛ فإني حلفت بالطلاق فخرجت».. لا يقع؛ لعدم ذكره حلفه بطلاقها، ويحتمل الحلف بطلاق غيرها.. فالقول له. انتهى.

وهكذا في أواخر طلاق «قاضي خان» أيضاً.

وَقَولُهُ: «أَنْتِ الطَّلَاقُ، أَو أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقَ، أَو أَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقاً».. يَقعُ بِكُلٍّ مِنْهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ. وَإِن نوى وثِنْتَيْنِ، أَو بائنةً.

وإن نوى بأنتِ طالقٌ واحدةً وبطلاقاً: أخرى.. وقعتا.

(وقوله: **أنت الطَّلاق، أو: أَنْتِ طالق الطلاق، أو: أنت طالق طلاقاً.. يقع بكل منها واحدةٌ رجعيةُ وإن نوى ثنتين أو بائنة**) أو لم ينو شيئاً أصلاً.

أما وقوعه بالثاني والثالث.. فظاهر؛ لأنه لو ذكر النعت وحده.. يقع به الطلاق؛ فإذا ذكره وذكر معه المصدر الذي يزيده وكادةً.. أولى منه.

وأما وقوعه بالأول: فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم، يقال: «رجل عدل» أي عادل.. فصارت بمنزلة قوله: «أنت طالق»؛ فإن قيل: إذا كان بمنزلة أنت طالق؛ فكيف يقع به الثلاث إذا نوى به الثلاث؟

قلنا: إنه صريح في طالق، ويحتمل أن يراد على حذف مضاف؛ أي: ذات طلاق، وعلى هذا التقدير.. يصح إرادة الثلاث، أو يقال: إنه وإن أريد به طالق، لكنه لم يخرج عن كونه مصدراً.. فيصح إرادة الثلاث به؛ كذا في «فتح القدير».

وإنما لم يصح نية الثلاثة في «أنت طالق»؛ لأنه نعت فرد لا يحتمل العدد؛ لأنه ضده، وأما الطلاق.. فهو مصدر في أصله، وإن وصف به.. فلُمِحَ به جانبُ المصدرية، وصح فيه نية الثلاث؛ على ما سيأتي.

وكذا لو قال: «أنت طلاق».. يقع به واحدة رجعية أيضاً، ولا يحتاج إلى النية؛ لأنه صريح فيه.

(**وإن نوى**) في قوله: «أنت طالق طلاقاً» (**بأنت طالق: طلقة واحدة، وبطلاقاً**)؛ أي: ونوى بلفظة طلاقاً: طلقة (**أخرى. وقعتا**)؛ لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع؛ فكأنه قال: «أنت طالق وطالق» فيقع رجعيتان؛ إذا كانت مدخولاً بها، وإلا.. لغا الثاني، ويقع بالأول طلاق بائن.

وَإِن نوى الثَّلَاث.. وقعنَ.

وَيَقَعُ بِإِضافتِهِ إِلَى جُمْلَتِهَا كَمَا مرَّ،

(وإن نوى) بكل من هذه الألفاظ (الثلاثَ.. وقعن)؛ أي الثلاث كلها؛ لأن الطلاق مصدر، والمصدر: اسم جنس يدل على الواحد حقيقة أو حكماً، والطلاقات الثلاث من حيث المجموع.. واحد حكمي في الحرة؛ كالاثنين في الأمة؛ فإذا نواه.. فقد نوى محتمل كلامه فصحت نيته.

ولا تصح نية الثنتين فيها، خلافاً لزفر، هو يقول: إنها بعض الثلاث فتصح ضرورة صحة الثلاث؛ لأن صحة الكل تستلزم صحة الجزء.

ونحن نقول: نية الثلاث إنما صحت لكونها واحداً حكمياً يتناوله لفظ المصدر، والثنتان في الحرة: عدد محض لا يتناوله لفظ المصدر، حتى لو كانت أمة يتناوله.

فإن قيل: الطلاق المذكور في: «أنت طالق، أو طالق الطلاق» هو صفة المرأة، وقد صحت فيه نية الثلاث، وهذا مناقض لما سبق؛ من أن الطلاق الذي هو صفة المرأة.. لا يصح فيها نية الثلاث.

قلنا: إن نوى الثلاث تعين أن المراد بالطلاق هو: التطليق، فيكون مصدر الفعل محذوفاً تقديره: «أنت طالق لأني طلقتك تطليقات ثلاثاً» وقوله: «أنت الطلاق» إذا نوى الثلاث.. فمعناه «أنت ذات وقع عليك التطليقات الثلاث» لا يقال: صحة نية الثلاث موقوفة على كون الطلاق [٣٩٩/أ] مراداً به التطليق، فلو توقف ذلك على نية الثلاث.. لزم الدور؛ لأنا نقول: المتوقف على نية الثلاث هو علمنا بأنه أراد بالطلاق التطليق، لا نفس إرادته، فلا دور.

(ويقع)؛ أي: الطلاق (بإضافته إلى جملتها كما مر) من قوله: «أنت طالق» سواء كانت «أنت» برمّتها ضمير مؤنث، أو التاء وحده و«أن» عماد، أو «أن» واللواحق حروف تدل على خصوص المرأة؛ على ما في محله.

أَو إِلَى مَا يُعبَّرُ بِهِ عن الجملةِ؛ كالرقبةِ والعُنُقِ وَالرَّأْسِ وَالْوَجْهِ وَالرُّوحِ وَالْبدنِ والجسدِ والفرجِ، أَو إِلَى جُزْءٍ شائعٍ مِنْهَا؛ كنصفها، وثلثِها......................

(**أو إلى ما يعبّر به عن الجملة؛ كالرقبة والعنق والرأس والوجه والروح والبدن والجسد والفرج**)؛ أما البدن والجسد: فظاهر.

وأما الرقبة.. فلقوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾.

والعنق.. فلقوله تعالى: ﴿فَظَلَّتۡ أَعۡنَٰقُهُمۡ لَهَا خَٰضِعِينَ﴾.

والفرج.. فلقوله ﷺ: «لعن الله الفروج على السروج» ويقال: «فلان رأس القوم»، و«يا وجه العرب» و«هلك وجهه» بمعنى نفسه.

وفي «التاتارخانية» عن «الينابيع»: فالذي يعبّر به عن الجملة: كل عضو أضاف إليه الطلاق وهو بحال لو فقد.. فقد الروح بفقده، ويقع الطلاق بإضافته إليها، وإذا أضافه إلى عضو ليس لفقد ذلك العضو فقد الروح.. لا يقع الطلاق انتهى.

وهذا لا يَصْدُق إلا على ما ذكر في الكتاب، لا على نحو اليد والرجل.

(**أو إلى جزء شائع منها**) أي من المرأة (**كنصفها وثلثها**)؛ لأن الشائع محل لسائر التصرفات؛ كالبيع وغيره، فكذا يكون محلاً للطلاق أيضاً.

إلا أنه لا يتجزىء في حق الطلاق.. فيثبت في الكل ضرورة؛ لأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، وله نظائر على ما سنذكره.

وفي «الخلاصة»: أربعة عشر موضعاً إذا أضيف إليه الطلاق.. يقع، نحو: «أنت طالق، وجسمك، ونفسك، وجسدك، ورقبتك، ورأسك، وروحك، وفرجك، وبضعك، وبعضك، وظهرك، ودمك».

والمختار في «الظهر» و«الدم» أن لا يقع.

وأجمعوا أنه لو أضاف الطلاق إلى الجزء الشائع.. يقع، وكذا العتق.

لَا بِإِضافتِهِ إِلَى يَدِهَا أَو رجلِهَا أَو ظهرِهَا أَو بَطنِهَا.

و«استك طالق» كقوله: «فرجك طالق».

بخلاف الدبر.

ولو قال: «الرأس منك طالق» أو قال: «هذا العضو منك طالق» ووضع يده على رأسها.. لا يقع.

وفي نسخة الحلواني: لو قال: «رأسك طالق» ونوى اقتصار الطلاق على رأسها.. لم يبعد أن يقال: إنها لا تطلق. انتهى كلام «الخلاصة».

فعلم: أن وقوع الطلاق بالإضافة إلى الرأس تفصيلاً على ما نرى، وأما بالإضافة إلى البضع.. فالأصح أنه لا يقع به، على ما في «الزيلعي».

وجزم بعدم وقوعه في «فتح القدير»، ثم قال: وما وقع في بعض النسخ: لو قال: «بضع طالق» قال شمس الأئمة الحلواني: تصحيف؛ إنما هو: بضعك أو نصفك، هذا واعترض بعض الشارحين على قول «الخلاصة»: «استك طالق كقوله: فرجك طالق، بخلاف الدبر» بأن «الاست» بمعنى الدبر، فالفرق بينهما تحكُّم.

وأجاب عنه في «فتح القدير»: بأن الاتحاد في المعنى لا يقتضي الاتحاد في الحكم؛ فإن البضع بمعنى الفرج ويقع الطلاق في الفرج دون البضع؛ لجواز تعارف أحدهما في الطلاق دون الآخر، ثم قال: إن المضاف إلى الجزء الشائع والمعبر به [٣٩٩/ب] عن الكل.. صريح؛ إذ لم يشترط الوقوع به بالنية، والصراحة بغلبة الاستعمال.

(لا)؛ أي: لا يقع الطلاق **(بإضافته إلى يدها أو رجلها أو ظهرها أو بطنها)**.

وقال زفر والشافعي: يقع بها، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن؛ كالإصبع والشعر والظفر والسن.

لهما: أنه جزء مستمتع بعقد النكاح، وما هذا حاله: يكون محلاً لحكم النكاح، فيكون محلاً للطلاق.. فيثبت الحكم فيه توفية لحق الإضافة، ثم يسري إلى الكل؛

وَلَو طَلَّقهَا نصفَ تَطْلِيقَةٍ، أَو سدسَها أَو ربعَهَا.. طلقت وَاحِدَةً.

وَفِي: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةَ أَنْصَافِ تَطْلِيقَتَيْنِ»: ثَلَاثٌ.

كما في الجزء الشائع، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح؛ لأن المتعدي ممتنع فيه؛ إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء، وفي الطلاق: الأمر على القلب.

ولنا: أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو؛ كما إذا أضاف إلى ريقها وظفرها، وهذا: لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد؛ لأنه ينبئ عن رفع القيد، ولا قيد في اليد ونحوها، ولهذا.. لا تصح إضافة النكاح إليها، بخلاف الجزء الشائع؛ لأنه محل النكاح عندنا، حتى تصح إضافته إليه، فكذا يكون محلاً للطلاق.

وفي «الخلاصة» عن شمس الأئمة الحلواني: إن أراد بقوله: «يدك أو رجلك طالق» العبارة عن جميع البدن.. كان لنا أن نقول: تطلق، انتهى.

ثم في عدم وقوع الطلاق بالإضافة إلى الظهر والبطن اختلاف: والصحيح: ما اختاره المصنف؛ على ما في «الهداية».

(**ولو طلقها نصف تطليقة، أو سدسها، أو ربعها.. طلقت**) تطليقة (**واحدة**)؛ لأن الطلاق لا يتجزأ، وذِكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله؛ كتطليق نصف المرأة.. طلقت كلها؛ على ما مر، وكالعفو عن القصاص عن بعض القاتل: فإنه يكون عفواً عن كله؛ وكعفو بعض الأولياء: فإنه سقط عن كلها.

(**ويقع في: «أنت طالق ثلاثةَ أنصافِ تطليقَتين» ثلاثٌ**)؛ لأن نصف تطليقتين تطليقة؛ فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة، وهذا وضع «الجامع الصغير» يعني به ثلاثة تطليقات، واستعمل في ذلك لفظة: «ثلاثة أنصاف تطليقتين»؛ على ما ذكرناه.

فإن قيل: إرادة الثلاث من هذا اللفظ ليس بحقيقة وهو ظاهر، ولا مجاز أيضاً؛ لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال.

وَفِي: «ثَلَاثَةِ أَنْصَافِ تَطْلِيقَةٍ»: ثِنْتَانِ.

قلنا: إنه مجاز، وتصوُّر الحقيقة ليس بشرط عند أبي حنيفة، والاتصال موجود؛ لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل.

وقيل: لا يقع به شيء؛ لأنه مهمل لا معنى له.

وقيل: يقع واحدة؛ لأن ذكر العدد لغو، فبقي: «أنت طالق».

(**وفي: «ثلاثة أنصاف تطليقة» ثنتان**)؛ على ما اختاره محمد في «الجامع الصغير»، وصححه الناطقي والعتابي؛ لأن ثلاثة أنصاف تطليقة.. يكون تطليقة ونصفاً فيتكامل النصف، فعلم منه أنه لو قال: «أربعة أنصاف تطليقة».. وقعت ثنتان أيضاً.

ولو قال: «نصفي تطليقة».. وقعت واحدة.

كما قال: «نصف تطليقتين».. تقع واحدة.

ولو قال: «نصفي تطليقتين».. فثنتان.

وكذا لو قال: «نصف ثلاث تطليقات».

ولو قال: «نصفي ثلاث تطليقات».. فثلاث؛ كذا في «البحر» [٤٠٠/أ].

ثم قال: وحاصلها: اثني عشر مسألة؛ لأن المضاف أعني النصف: إما أن يكون واحداً أو اثنين أو ثلاثاً أو أربعاً، وكل منها: إما أن يكون المضاف إليه واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً.

فإن كان النصف مضافاً إلى الطلقة فقط أو إلى الطلقتين.. فواحدة.

وإن كان مضافاً إلى الثلاث.. فثنتان.

وإن كان النصفان مضافاً إلى الواحدة.. فواحدة.

وإلى الثنتين.. فثنتان.

وإلى الثلاث.. فثلاث.

وإن كانت الثلاثة الأنصاف مضافة إلى الواحدة.. فثنتان.

وَقِيلَ: ثَلَاثٌ.

وَفِي: «وَاحِدَةً إِلَى ثِنْتَيْنِ، أَو مَا بَينَ وَاحِدَةٍ إِلَى ثِنْتَيْنِ»: وَاحِدَةٌ.

وإلى الثنتين.. فثلاث.

وإلى الثلاث.. فكذلك؛ استنباطاً مما قبلها لا نقلاً.

وإن كان المضاف أربعة الأنصاف.. فثنتان إن كان مضافاً إلى الواحد.

وإن كان مضافاً إلى الثنتين أو إلى الثلاث.. فثلاث؛ استنباطاً. انتهى.

ولو قال: «أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين».. يقع ثنتان؛ على ما في «العناية»؛ لأن ربع تطليقتين: نصف، فثلاثة أرباع تطليقتين: تطليقة ونصف، فيتكامل النصف، فيصير اثنان.

ويستنبط منه: أنه لو قال: «ربع تطليقة، أو ربعي تطليقة، أو ربع تطليقتين، أو ربعي تطليقتين».. يقع واحدة.

وفي «الخلاصة»: لو قال: «أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة».. يقع الثلاث في المدخول بها.

ولو قال: «نصف تطليقة وثلثها وسدسها».. يقع واحدة.

ولو قال: «نصف تطليقة وثلثها وربعها».. يقع ثنتان.

قال شمس الأئمة السرخسي: يقع واحدة في الوجهين. انتهى.

والأصل فيه: أن المُنَكَّر إذا أعيد منكَّراً.. كان الثاني غير الأول، فيتكامل كل جزء، بخلاف ما إذا أعيد مُعَرَّفاً.. فإنه يكون عين الأول، فالكل: أجزاء طلقة واحدة.

(**وقيل: ثلاث**)؛ لأن كل نصف يتكامل في نفسه؛ لعدم تجزؤ الطلاق، فيصير ثلاثاً.

(**وفي: «واحدة إلى ثنتين» أو: «ما بين واحدة إلى ثنتين» واحدة**) عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: ثِنْتَانِ.

وَفِي: «إِلَى ثَلَاثٍ»: ثِنْتَانِ.

وَعِنْدَهُمَا: ثَلَاثٌ.

(**وعندهما: ثنتان.**

وفي: «إلى ثلاث»: ثنتان.

وعندهما: ثلاث).

وقال زفر: لا يقع شيء في الغايتين في الأوليين، ويقع واحدة في الثالثة؛ لأن غاية الشيء لا يدخل فيه؛ كما في قولك: «بعتك من هذا الحائط إلى [هذا] الحائط».. لا يدخل الحائطان، وهو قياس محض.

وحجة أبي حنيفة؛ حيث قال له: «كم سنك؟»، فقال: «ما بين ستين إلى سبعين»، فقال له: «إذاً أنت ابن تسع سنين» فتحيّر.

ووجه قولهما: أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف.. يراد به الكل؛ كما تقول لغيرك: «خذ من مالي من درهم إلى مئة».. فإنه يدخل الغايتان.

ولأبي حنيفة: أن المراد به في العرف: الأقل من الأكثر، والأكثر من الأقل، فإنهم يقولون: «سني من ستين إلى سبعين، أو ما بين ستين إلى سبعين» ويريدون: الأقل من سبعين وأكثر من ستين، وإرادة الكل: إنما هي في طريقة الإباحة؛ كما في قولك: «خذ من مالي من درهم إلى مئة»، والأصل في الطلاق: الحظر، ثم الغاية الأولى: لا بد أن تكون موجودة لتترتب عليها الثانية؛ لأن وجود الثانية متعذر بدون الأولى، ووجودها بوقوعها، بخلاف [٤٠٠/ب] البيع؛ لأن الغاية فيه موجودة قبل البيع، ولا ضرورة في إدخالها، فالقياس عليه فاسد؛ فإن قيل: إنه لو قال: «أنت طالق تطليقة ثانية».. لم تقع إلا واحدة، ولم يضطر فيه إلى الأولى؛ لوقوع الثانية؛ وإلا.. لزم وقوع الثنتين، ومقتضى ما ذكرتم: من أن وجود الثانية متعذر بدون الأولى؛ إذ يكون وجود الأولى مضطراً فيه أيضاً ويقع فيه ثنتان.

وَفِي: «وَاحِدَةٌ فِي ثِنْتَيْنِ»:
وَاحِدَةٌ إِنْ لم ينْو شَيْئاً، أَو نوى الضَّرْبَ والحسابَ.
وَإِن نوى وَاحِدَةً وثنتينِ أَو مَعَ ثِنْتَيْنِ.. فَثَلَاثٌ.

أجيب: بأن قوله «ثانية» صار لغواً؛ لوقوع الطلاق بأنت طالق، بخلاف قوله: «من واحدة إلى ثلاث»؛ فإنه كلام معتبر في إيقاع الطلاق بالاتفاق، ولا يتحقق ذلك إلا بعد وقوع الأولى، فلذا يقع فيه ثنتان عند أبي حنيفة.

ولو نوى في قوله: «من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث» واحدة.. صدق ديانة؛ لأنه محتمل كلامه، لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ لما مر أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل، والأقل من الأكثر؛ كذا في «فتح القدير» وحواشيها.

(وفي: «واحدة في ثنتين»).. تقع **(واحدة إن لم ينو شيئاً، أو نوى الضرب والحساب)**.

وقال زفر والشافعي: يقع ثنتان؛ لعرف الحساب فيه؛ لأن الواحد: متى ضرب في ثنتين.. كانت ثنتين عندهم.

ولنا: أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب؛ لأن الغرض به: إزالة كسر يقع عند القسمة، فمعنى «واحدة في ثنتين» واحدة ذات جزءين، وتكثير أجزاء الطلقة.. لا يوجب تعددها؛ كما لو قال: «أنت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها».. لم يقع إلا واحدة.

(وإن نوى واحدة وثنتين)؛ أي: في المدخول بها **(أو مع ثنتين)**؛ أي: في المدخول بها؛ وغير المدخول بها؛ على ما سيظهر من كلامه وبه صرح في حواشي «الهداية» **(.. فثلاث)**؛ لأنه محتمل كلامه؛ لأن بين «في» و«الواو» مناسبة؛ لاشتراكهما في إفادة معنى الجمع؛ لأن الظرف يجامع المظروف؛ كما أن المعطوف يجامع المعطوف عليه؛ وأن كلمة «في» تأتي بمعنى مع؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَٱدْخُلِي

وَفِي غير الْمَوْطُوءَة: وَاحِدَةٌ؛ مثلُ: وَاحِدَةٍ وثنتين.

وَإِن نوى مَعَ ثِنْتَيْنِ.. فَثَلَاثٌ فِيهَا أَيْضاً.

وَفِي: ثِنْتَيْنِ فِي ثِنْتَيْنِ: ثِنْتَانِ وَإِن نوى الضَّرْب.

وَفِي: «أَنْتِ طَالِقٌ مِن هُنَا إِلَى الشَّامِ»: وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ.

فِي عِبَدِى﴾، وهذا؛ لأن أحد العددين لا يصلح ظرفاً للآخر، وبين الظرف والمظروف مقارنة ومعية.. فاستعير له.

ولو نوى الظرف.. يقع واحدة؛ لأن الطلاق معنى فقهي لا يصلح أن يكون ظرفاً للغير.. فيلغو ذكر الثاني.

(**وفي غير الموطوءة: واحدة، مثل: واحدة وثنتين**) يعني لو قال لغير المدخول بها: «أنت طالق واحدة في ثنتين» ونوى به واحدة وثنتين.. يقع واحدة؛ كما لو قال لها: «أنت طالق واحدة وثنتين».. يقع واحدة.

(**وإن نوى: مع ثنتين.. فثلاث فيها**)؛ أي: في غير المدخول بها (**أيضاً**)؛ أي: كما في المدخول بها.

(**وفي: «ثنتين في ثنتين».. يقع ثنتان وإن**) - وصلية - (**نوى الضرب**)؛ لما ذكرناه من أن عمل الضرب: في تكثير الأجزاء، لا في زيادة المضروب، وأن العبرة للمذكور أولاً.

وقال زفر: يقع ثلاثاً بناء على أن قضية الضرب في عرف الحساب: أن يكون أربعاً، ولكن لا مزيد للطلاق على الثلاث.

(**وفي: «أنت طالق من هنا إلى الشام»: واحدة رجعية**). [٤٠١/أ]

وقال زفر: هي بائنة؛ لأنه وصف الطلاق بالطول، والطول يستدعي القوة، وذلك في البائن دون الرجعي.

فإن قيل: إذا صرح بذكر الطول، بأن قال: «أنت طالق تطليقة واحدة».. يقع رجعياً عنده، فكيف يصح تأويله بالطول؟

وَفِي: «أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ، أَو فِي مَكَّة»: تطلقُ فِي الْحَالِ حَيْثُ كَانَت.

وَلَو قَالَ: «إِذا دخلت مَكَّة، أَو هي دخولك».. لَا يَقع مَا لم تدْخلهَا، وَكَذَا الدَّار.

أجيب: بأنه إذا قال «للشام» كنى به عن الطول، والكناية أقوى من الصريح؛ لكونها دعوى الشيء ببينة وبرهان، وهو فن من البلاغة.

ولنا: أنه وصف الطلاق بالقصر لا بالطول؛ لأنه إذا وقع.. وقع في الأماكن كلها، بل في السماء أيضاً، فتخصيصه بذكر الشام قصير بالنسبة إلى ما وراءه، ونفس الطلاق لا يحتمل القصر؛ لأنه ليس بجسم، وأن يقصر حكمه بكونه رجعياً.

(**وفي: «أنت طالق بمكة» أو: «في مكة».. تطلق في الحال حيث كانت**)؛ لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون آخر ، وكذلك قوله: «أنت طالق في الدار»، وإن عنى به: «إذا أتيت مكة».. يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى الإضمار، وهو خلاف الظاهر.

(**ولو قال: «إذا دخلت مكة» أو: «في دخولك».. لا يقع ما لم تدخلها**)؛ **لأنه** علقه بالدخول، وهو في الأول ظاهر، وفي الثاني: لما تعذرت الظرفية؛ لعدم صلاحية الفعل ظرفاً للطلاق؛ على أن يكون شاغلاً له.. حمل على الشرط لمناسبةٍ بينهما؛ لأن الظرف يسبق المظروف، والشرط يسبق المشروط.

(**وكذا: «الدار»**)؛ لعدم الفارق بين البلد والدار.

*   *   *

(فصلٌ)

قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ غَداً، أَو فِي غَدٍ».. يَقع عِنْد الصُّبْح.

وَإِن نوى الْوُقُوعَ وَقتَ الْعَصْرِ.. صحَّت ديانَةً في الأَوَّل.

وَفِي الثَّانِي: قضاءً أَيْضاً، خلافاً لَهما.

(فصل)

في إضَافَةِ الطَّلَاقِ إلى الزَّمَانِ

وهي عبارة عن تأخير حكمه عن وقت التكلم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة الشرط (**قال: «أنت طالق غداً» أو: «في غد».. يقع عند الصبح**)؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد في الأول، وذلك بوقوعه في أول جزء منه، حتى يتصف بهذه الصفة في جميع الغد، وفي جزء مبهم في الثاني، لكن الجزء الأول أولى عند عدم النية؛ لعدم المزاحم، والمراد بالصبح: طلوع الفجر؛ على ما في «فتح القدير».

(**وإن نوى الوقوع وقت العصر.. صحت**) نيته (**ديانةً في الأول، وفي الثاني قضاءً أيضاً، خلافاً لهما**)؛ يعني: لو نوى آخر النهار في الأول: تصح ديانة لا قضاء، وفي الثاني: تصح ديانة وقضاء، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يصدق فيهما قضاء ويصدق فيهما ديانة؛ لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد في الأول.. فيقع في أول جزء منه ضرورة؛ فإذا نوى البعض.. فقد نوى التخصيص في العموم، وفيه تخفيف عليه، فلا يصدق فيه، فكذا في الفصل الثاني؛ كما إذا حلف لا يأكل طعاماً؛ فنوى طعاماً خاصاً، وهذا؛ لأن حذف «في» وعدم حذفه بمنزلة واحدة.. لا يتغير حكم الظرفية بذكر كلمة «في» وعدم ذكرها، ولهذا لا يقع فيها في أول جزء منه عند عدم النية، كما مر آنفاً، ولا فرق بين صحة «يوم الجمعة» وبين «في يوم الجمعة» لأنه ظرف في الحالين.

ولأبي حنيفة: أن كلمة «في» للظرف، والظرف لا يقتضي الاستيعاب، بل: إذا اشغل جزءاً منه.. يكفي؛ كما يقال: «قعدت في المسجد» ونحوه؛ فإذا نوى البعض..

[فقد] نوى حقيقة كلامه، فيصدق قضاء [٤٠١/ب] كما يصدق ديانة، وإن كان فيه تخفيف عليه، بخلاف قوله: «أنت طالق غداً» فإنه وصفها بالطلاق في جميع الغد، **وهو الحقيقة**؛ فإذا نوى البعض: فقد نوى التخصيص في العام، **وهو مجاز.. فلا** يصدق إذا كان فيه تخفيف، ونظيره ما إذا قال: «لأصومن عمري، أو في عمري، أو الدهر، أو في الدهر، وسرت فرسخاً، أو في فرسخ، وانتظرته يوماً، أو في يوم»، بخلاف ما استشهدا به؛ لأن اليوم لا يتجزأ في حق الصوم فاستوى فيه الحذف والذكر، والشيء قد يختلف بين تقديره وبين ذكره.

كما لو حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه، فإنها تحتاج إلى الإذن في كل خرجة، بخلاف ما لو قال: «إلا أن آذن لك.. فإنها تكتفي بإذن واحد، وإن كانت الباء فيه مقدرة؛ على ما في «الزيلعي».

واعلم: أن من الأحكام ما يتوقت وقوعها، ومنها ما لا يتوقت، والنكاح والطلاق: مما لا يتوقت وقوعهما، وإنما يتوقت إيقاعهما، وإليه أشار بقوله: «يقع عند الصبح، دون في الحال»، ولهذا قال في فصل الأمر باليد من «البزازية»: لو قال: «أنت طالق إلى عشرة أيام» يكون «إلى» بمعنى «بعد»؛ لأن تأجيل الوقوع غير ممكن.. فيتأجل الإيقاع.

ولو نوى أن يقع في الحال.. يقع.

بخلاف ما لو قال: «أمرك بيدك إلى عشرة أيام».. صار الأمر في يدها ويزول بعد مضي عشرة أيام.

ولو نوى أن يكون الأمر بيدها بعد العشرة.. لا يصدق قضاء؛ لأن الأمر باليد: يحتمل التوقيت وقوعاً، والعتق والكفالة إلى شهر: كالطلاق إليه.

وعن أبي يوسف: أنه كفيل في الحال، والفتوى على أنه كفيل بعد شهر.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ غَداً، أَو غَداً الْيَوْمَ».. يعْتَبرُ الأَوَّلَ ذِكراً.

والبيع إلى شهر: تأجيل للثمن، والوكالة: تقبل التوقيت، حتى لو تصرف بعد الوقت.. لا يصح.

وفي رواية: يصير وكيلاً بعد مضي المدة.

وفي رواية: يصير وكيلاً مطلقاً.

وفي الإجارة إلى شهر: تعيَّن ما يلي العقد وتمت بمضيه.

والمزارعة والشركة إلى شهر: كالإجارة.

والصلح إلى شهر والقسمة إليه.. لا تصح.

والإبراء إلى شهر: كالطلاق، إلا إذا قال: أردت التأخير، فيكون تأجيلاً إليه.

والإقرار إلى شهر: إن صدقه المقر له.. يثبت الأجل، وإن كذبه.. لزم المال حالاً.

وإذن العبد لا يتوقت.

والتحكيم والقضاء لا يقبلان التوقيت.

(**ولو قال: «أنت طالق اليوم غداً» أو: «غداً اليوم».. يعتبر الأول ذكراً**)؛ لأنه لما قال: «اليوم» في الأول.. كان منجزاً، والمنجز لا يحتمل الإضافة، وإذا قال: «غداً» في الثاني.. كان إضافة، والمضاف لا ينجز؛ لما فيه من إبطال الإضافة.. فلغا اللفظ الثاني في الفصلين.

فإن قيل: لم لا يجعل غداً ظرفاً لطلاق آخر؟

أجيب: بأنه يحتاج إلى تقدير: أنت طالق، وهو خلاف الأصل، فلا يصار إليه بلا ضرورة.

فإن قيل: فيه ضرورة صون كلام العاقل عن الإلغاء.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ قبلَ أَن أتزوَّجَكِ».. فَهُوَ لَغْوٌ.

قلنا: الأصل في الطلاق الحظر، وإنما يباح لضرورة دفع الحاجة، وهي تندفع بواحدة، فلا حاجة إلى الزيادة.

ولو قال: «أنت طالق اليوم وغداً» أو: «أنت طالق غداً واليوم» بالواو.. يقع واحدة [٤٠٢/أ] في الأول، وثنتان في الثاني؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه، غير أنا لا نحتاج إلى إيقاع الأخرى في الأولى؛ لإمكان وصفها غداً بطلاق وقع عليها اليوم، ولا يمكن ذلك في الثانية.. فيقعان.

وعلى هذا: لو قال: «أنت طالق آخر النهار وأوله».. تطلق ثنتين، ولو قال: «أول النهار وآخره».. تطلق واحدة.

واعلم: أنهم جعلوا الشرط مغيراً لأول الكلام، حتى قالوا: إنه لو قال: «أنت طالق اليوم إذا جاء غد».. لا تطلق إلا بطلوع الفجر من الغد، فتوقف المنجز على الآخر؛ لاتصال المغيِّر بالأول، وقالوا: إن «اليوم» فيه لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع، ولم يجعلوا الإضافة مغيراً، فقالوا: لو قال: «أنت طالق اليوم غداً».. تطلق في الحال، ويكون ذكر اليوم لبيان وقت الوقوع.

(**ولو قال: «أنت طالق قبل أن أتزوجك».. فهو لغو**)؛ لأنه أسنده إلى حالة منافية لمالكية الطلاق.. فصار كما إذا قال: «طلقتك وأنا صبي، أو نائم، أو مجنون» وكان جنونه معهوداً.

أو قال: «طلقتك قبل أن أخلق، أو قبل أن تخلقي»، ولأنه يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح، أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج، وجعله إنشاء ضروري، فلا يصار إليه عند إمكان الحقيقة.

بخلاف ما إذا قال لعبده: «أنت حر قبل أن أشتريك، أو أنت حر أمس» وقد اشتراه اليوم.. حيث يعتق عليه؛ لإقراره له بالحرية قبل ملكه.

وَكَذَا: «أَنْتِ طَالِقٌ أمسِ» وَقد نَكَحَهَا الْيَوْمَ.

وَإِن نَكَحَهَا قبلَ أمسِ.. وَقعَ الْآنَ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً مَا لم أُطلقْكِ، أَو مَتى لم أطلِّقْكِ» وَسكتَ.. طلقت للْحَالِ.

كما لو قال لعبد الغير: «أعتقك مولاك»، ثم اشتراه.. يعتق عليه؛ لإقراره ذلك أيضاً.

(وكذا: «أنت طالق أمس» وقد نكحها اليوم) يعني: يكون لغواً؛ لما ذكرناه.

(وإن نكحها قبل أمس)؛ أي فيما إذا قال لها: «أنت طالق أمس» (.. وقع) الطلاق (الآن)؛ لأنه: ما أسنده إلى حالة منافية له، ولا يمكن تصحيحه إخباراً عن الطلاق أيضاً؛ لعدم وقوعه.. فكان إنشاء، والإنشاء في الماضي: إنشاء في الحال؛ لعدم قدرته على الإسناد.. فيقع في الحال.

(ولو قال: «أنت طالق ما لم أطلقك» أو: «متى لم أطلقك»، أو: «متى ما لم أطلقك» وسكت) زماناً يسع فيه التطليق (.. طلقت للحال)؛ لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق، وقد وجد حين سكت، وهذا؛ لأن كلمة «متى ومتى ما».. صريح في الوقت؛ لأنهما من ظروف الزمان.

وأما «ما».. فلأنها قد تستعمل في الوقت، قال الله تعالى ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا﴾ أي: مدة حياتي، وقد تستعمل في الشرط أيضاً، قال الله تعالى: ﴿مَا نَنسَخْ مِنْ ءَايَةٍ﴾، لكن ترجحت جهة الوقت؛ لأن التطليق يستدعي الوقت لا محالة.

ولو قال: «كلما لم أطلقك فأنت طالق» وسكت.. يقع الثلاث متتابعاً، ولا يقع جملة؛ لأنها تقتضي عموم الأفراد لا عموم الاجتماع، حتى لو كانت غير مدخول بها.. وقعت واحدة لا غير، وإنما قال: «وسكت»؛ لأنه لو لم يسكت، بل قال: «أنت طالق» موصولاً بقوله: «أنت طالق متى لم أطلقك».. فإنه لا يقع بقوله: «أنت طالق متى لم أطلقك» شيء، وإنما يقع بالموصول به استحساناً؛ لأن زمان البر مستثنى عن

حَتَّى لَو علَّقَ الثَّلَاثَ.. وقعنَ بسكوتِهِ.

وَإِن وصلَ «أَنْتِ طَالِقٌ» وَقعَ وَاحِدَةٌ.

وَلَو قَالَ: «إِن لم أطلِّقْكِ فَأَنتِ طَالِقٌ».. لَا يَقعُ مَا لم يَمُتْ أَحدُهمَا.

اليمين بدلالة حاله؛ لأن المقصود من [٤٠٢/ب] اليمين هو البر، ويمكنه تحقيق البر، إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى؛ كمن حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته.

(**حتى لو علق الثلاث**) بأن قال: «أنت طالق ثلاثاً ما لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك».. (**وقعن**) الثلاث كله (**بسكوته**) زماناً يسع فيه الثلاث؛ لوجود الشرط.

(**وإن وصل «أنت طالق».. وقع واحدة**)؛ أي: بالموصول لا بالموصول إليه؛ على ما ذكرناه.

أطلق السكوت فشمل ما يكون لانقطاع النفَس وما يكون لا لانقطاع النفَس.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: رجل قال لامرأته: «أنت طالق» وسكت، ثم قال: «ثلاثاً» إن كان السكوت لانقطاع النفَس.. تقع الثلاث، وإن كان لا لانقطاع النفس.. لا تقع الثلاث، بل تقع واحدة.

ولو قال لها: «أنت طالق» فقيل له بعدما سكت «كم» قال: «ثلاثاً».. تقع الثلاث.

قال الصدر الشهيد: يحتمل أن هذا قول أبي حنيفة بناء على أن من قال لامرأته: «أنت طالق»، ثم قال: «جعلتها ثلاثاً».. صح عنده. انتهى.

(**ولو قال: «إن لم أطلقك.. فأنت طالق».. لا يقع ما لم يمت أحدهما**) قبل أن يطلقها؛ لأنه جعل الشرط عدم الطلاق، وذلك لا يتحقق إلا باليأس من الحياة؛ لأنهما ما داما حيين.. يمكن أن يطلقها، فلا يقع المعلق عليه، فهو كقوله: «إن لم آت البصرة.. فأنت طالق»؛ فإن فيه لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الإتيان بها بالموت.

ثم إن مات الزوج.. وقع الطلاق عليها قبيل موته؛ لتحقق عجزه عن الإيقاع، فيتحقق شرط الحنث.

فإن كان لم يدخل بها.. فلا ميراث لها؛ لعدم العدة، وإن دخل بها.. فلها الميراث بحكم الفرار.

فإن قيل: في الجزء الأخير من الحياة عاجز عن التكلم بالطلاق، ومِن شرطِه القدرة عليه؛ لأن المعلق بالشرط كالملفوظ لذي الشرط.

قلنا: هذا الطلاق أمر حكمي، فلا يشترط له ما يشترط لحقيقة التطليق، ويكتفى بوجود القدرة عند التعليق؛ كما إذا علق الطلاق، ثم جن فوجد الشرط حال جنونه.. فإنه ينزل الجزاء، وإن لم يتصور منه حقيقة التطليق.

ثم موتها بمنزلة موته في ظاهر الرواية، وهو رواية «الأصل» وهو الصحيح.

وذكر في «النوادر»: أنه لا يقع بموتها؛ لأن الزوج قادر على الإيفاء ما لم تمت، والعجز إنما يتحقق بَموتها؛ فإذا ماتت.. فاتت المحلية، فلا يتصور الوقوع؛ كما لو قال: «إن لم آت البصرة.. فأنت طالق».. فإنها تطلق بموته قبل الإتيان دون موتها؛ لأنه قادر على الإتيان.

ووجه الظاهر: أن الإيقاع من حكمه الوقوع، وقد تحقق العجز عن الإيقاع قبيل موتها؛ لأنه لا يعقبه الوقوع لفوات المحل؛ كما لو قال: «أنت طالق مع موتك»؛ فإنه يقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل، ولا ميراث للزوج؛ لأن الفرقة وقعت بينهما قبيل موتها بإيقاع الطلاق عليها.

والفرق بين مسألة الكتاب وبين قوله: «إن لم آت البصرة فأنت طالق»، حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه: أن الشرط قد تحقق قبيل موتها في مسألة الكتاب، بخلاف قوله: «إن لم آت البصرة»؛ لأنه لا يتحقق الشرط بموتها؛ لأنه قادر على إتيانه البصرة بعد موتها.

وَ«إِذا» بِلَا نِيَّة.. مثل: «إِن».

وَعِنْدَهُمَا: مثل «مَتى».

(و«إذا» **بلا نية**) بشيء من الشرط [٤٠٣/أ] أو الوقت (.. **مثل** «**أن**») في جميع ما ذكرناه عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: مثل** «**متى**»).

حتى إذا قال لها: «أنت طالق إذا لم أطلقك، أو إذا ما لم أطلقك»، ولم ينو شيئاً.. لم تطلق حتى يموت أحدهما عنده.

وقالا: طلقت حين سكت الزوج.

أصل هذا الخلاف: أن «إذا» تستعمل **عند الكوفيين**:

للظرف بمعنى وقت حصول مضمون مدخوله؛ فيستعمل فيما هو قطعي الوجود.. فلا يجزم به الفعل.

وللشرط أيضاً على السواء بالاشتراك اللفظي فيجزم به الفعل، فيستعمل فيما هو على خطر الوجود؛ فإذا استعمل في أحدهما.. لم يبق الآخر مراداً؛ كسائر الألفاظ المشتركة، وذهب إليه أبو حنيفة.

وقال البصريون: إنها موضوعة للوقت خاصة؛ كقوله تعالى: ﴿وَٱلَّيۡلِ إِذَا يَغۡشَىٰ﴾، وقد تستعمل في الشرط مجازاً من غير سقوط معنى الوقت، حتى لم يجزموا به المضارع؛ لعدم خلوصه في الشرط؛ لفوات معنى الإبهام اللازم للشرط، وذهب إليه أبو يوسف ومحمد، وجعلا ذلك نظير «متى» في كونها للوقت، لا يسقط عنها معنى الوقت أصلاً؛ سواء استعملت في الشرط أو في الاستفهام، والجمع بين المعنى الحقيقي والمجازي.. جائز إذا لم يكن بينهما منافاة؛ كما فيما نحن فيه؛ فإن الوقت يصلح شرطاً.

فإذا عرفت هذا.. فقال أبو يوسف ومحمد: إنه إذا لم يسقط الوقت عن «إذا»؛ إن استعمل شرطاً.. صار الطلاق مضافاً إلى زمان خال عن إيقاع الطلاق، وقد وجد

وَمَعَ نِيَّةِ الشَّرْطِ أَوِ الْوَقْتِ.. فَمَا نوى.

وَالْيَوْمُ: للنهارِ مَعَ فعلٍ ممتَدٍّ.

ولمطلقِ الْوَقْتِ مَعَ فعلٍ لَا يَمْتَدُّ؛ ....

ذلك حين سكت.. فيقع الطلاق، ولهذا لو قال: «أنت طالق إذا شئت».. لم تتقيد المشية بالمجلس؛ مثل: «متى شئت»، ولو سقط الوقت.. لتقيد به؛ كما في «إن شئت».

وقال أبو حنيفة: إذا كانت مشتركة.. لم يجز استعمالها فيهما دفعة؛ فإن أريد بها الشرط.. لم تطلق في الحال، وإن أريد بها الوقت.. طلقت، فلا تطلق بالشك والاحتمال حتى يموت أحدهما، بخلاف ما لو قال: «أنت طالق إذا شئت»؛ لأنه على اعتبار أنه للوقت: لا يخرج الأمر من يدها، وعلى اعتبار أنه للشرط: يخرج، والأمر صار في يدها، فلا يخرج بالشك.

واعترض عليه: بأن الأمر إنما ثبت في يدها بقوله: «إذا شئت» لا قبله، فلا يمكن أن يكون هذا القول مخرجاً للأمر عن يدها على اعتبار أنه للشرط، وإلا.. لزم أن يكون الشيء الواحد علة للضدين.

والجواب عنه: أن الكلام فيما إذا لم يكن للزوج نية، وبقوله: «إذا شئت».. علم أن المراد به التفويض، فثبت الأمر في يدها بمجرد التكلم بهذا اللفظ، ثم وقع الشك في أنه مثل «متى»، فلا يكون مخرجاً للأمر عن يدها، أو مثل: «إن»، فيكون مخرجاً، فاعتبار كونه مخرجاً غير اعتبار كونه مثبتاً.

والحاصل: أن زمان عروض الشك بهذا اللفظ، متأخر عن زمان ثبوت الأمر بيدها بهذا اللفظ أيضاً.

(**ومع نية الشرط أو الوقت.. فما نوى**)؛ أي: بالاتفاق؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه.

(**واليوم: للنهار**) أي البياض (**مع فعل ممتد، ولمطلق الوقت**)؛ أي: لجزء من الزمان مطلقاً (**مع فعل لا يمتد**).

واعلم: أن لفظ اليوم قد يستعمل [٤٠٣/ب] في بياض النهار، وقد يستعمل في مطلق الوقت ؛ على أن يكون حقيقة في الأول، مجازاً في الثاني عند الأكثرين، **وعلى الاشتراك اللفظي بينهما**؛ عند بعض المشايخ.

والصحيح: هو الأول؛ لأن حمل الكلام على المجاز: أولى من الاشتراك؛ لعدم اختلاف الفهم بوجود القرينة.

وعلى التقديرين: لا بد في ترجيح أحد معنييه على الآخر من قرينة:

فإذا كان الفعل الذي تعلق به اليوم ممتداً؛ أي ما يصح فيه تقدير المدة؛ كاللبس والركوب والمساكنة ونحوها؛ لصحة أن يقال: «لبست يومين»، وكذا: «ركبت أو ساكنت».. يحمل على بياض النهار.

وإذا لم يكن الفعل ممتداً؛ كالخروج والدخول والقدوم؛ لعدم صحة تقديرها بمدة؛ إذ لا يقال خرجت أو دخلت أو قدمت يوماً.. يحمل على مطلق الوقت؛ اعتباراً للتناسب بين الظرف والمظروف؛ لأن الفعل المتعلق بظرف الزمان بدون «في» يقتضي أن يكون الظرف معياراً له غير زائد عليه؛ مثل: «صمت الشهر»؛ فإذا امتد الفعل.. امتد الظرف ليكون معياراً، فيصح حمل اليوم على بياض النهار، وإذا لم يمتد الفعل.. لم يمتد الظرف أيضاًَ؛ لأن الممتد لا يكون معياراً لغير الممتد، فحينئذٍ: لا يصح حمل اليوم على حقيقته، بل يحمل على مطلق الوقت.

ثم المعتبر عند المحققين في الامتداد وعدمه: هو الفعل الذي تعلق به اليوم لا الفعل الذي أضيف إليه اليوم.

وما وقع في إيمان «الهداية»، وفي «الجامع الصغير»، ففي كلام بعض المشايخ؛ من أن المعتبر فيهما: هو المضاف إليه لا المتعلق به، حيث قالوا في مثل «أنت طالق يوم أتزوجك، أو أكلمك» أن التزوج أو التكلم لا يمتد.. **محمول على المسامحة،** حيث لم يختلف الجواب؛ لتوافق المتعلق به والمضاف إليه في الامتداد وعدمه.

فَلَو قَالَ: «أَمرك بِيَدِك يَوْمَ يقدُمُ زيدٌ»
فَقدمَ لَيْلاً.. لَا تتخيَّرُ.

وأما إذا اختلفا؛ كما في «أمرك بيدك يوم يقدم زيد».. فقد اتفقوا على أن المعتبر هو المتعلق به لا المضاف إليه.

فإن قيل: التكلم مما يقبل التقدير بمدة فكيف جعلوه غير ممتد؟

قلنا: امتداد الأعراض إنما هو بتجدد الأمثال؛ لعدم بقائها؛ كالضرب والجلوس والركوب، بخلاف التكلم.. فإن المتحقق منه في المرة الثانية لا يكون مثل ما في المرة الأولى.

فإن قيل: كما أن اليوم ظرف للفعل المتعلق به.. كذلك هو ظرف للمضاف إليه، فيجب امتداده بامتداده، وعدمه بعدمه أيضاً، فيحمل على مطلق الوقت عند عدم امتداد المضاف إليه.

قلنا: إن ظرفيته للعامل قصدية لا ضمنية، وحاصلة لفظاً ومعنى فقط، بخلاف المضاف إليه، فاعتبار العامل أولى عند اختلافهما بالامتداد وعدمه.

(**فلو قال: «أمرك بيدك يوم يقدم زيد» فقدم ليلاً.. لا تتخير**)؛ لأن المراد باليوم ههنا: هو بياض النهار؛ لاقترانه فعلاً ممتداً؛ أعني: الأمر باليد.

فإن قيل: قد ذكر في «الجامع الصغير» أنه لو قال: «أمرك بيدك اليوم وغداً» دخلت الليلة.

قلنا: ليس مبنياً على أن اليوم لمطلق الوقت، بل على أنه بمنزلة «أمرك بيدك اليومين»، وفي مثله يستتبع [٤٠٤/أ] اسم اليوم الليلة أيضاً؛ كما لو قال: «أمرك بيدك رأس الشهر»؛ فإن الأمر بيدها الليلة التي يهل فيها الهلال، ومن الغد إلى الليل؛ كذا في «الخلاصة».

وَإِن قَالَ: «يَوْم أتزوَّجُكِ فَأَنتِ طَالِقٌ» فنكحها لَيْلاً.. وَقعَ.

وَلَو قَالَ: «أَنا مِنْكِ طَالِقٌ».. فَهُوَ لَغْوٌ وَإِن نوى.

(وإن قال: «يوم أتزوجك فأنت طالق» فنكحها ليلاً.. وقع)؛ لأن المراد باليوم ههنا: مطلق الوقت؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ﴾؛ لأنه قرن بفعل غير ممتد وهو الطلاق؛ على ما ذكرناه.

ولو قال: «عنيت به بياض النهار خاصة».. دين في القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، فيكون من باب بيان التقرير قطعاً؛ لاحتمال المجاز.

فإن قيل: كيف جعلوا التخيير والأمر باليد مما يمتد، والطلاق والعتاق ونحوهما مما لا يمتد، مع أنه إن أريد إنشاء الأمر وحدوثه.. فهو غير ممتد في الكل، وإن أريد كون المرأة مخيرة ومفوضة أمرها إليها.. فهو ممتد، فكذا كونها مطلقة أو معتقاً ممتد أيضاً؟

قلنا: **أريد في الطلاق والعتاق**: وقوعهما؛ لأنه لا فائدة في تقييد كون الشخص مطلقاً أو معتقاً بالزمان؛ لأنه لا يقبل التوقيت بالمدة، **وفي التخيير والتفويض**: كونها مخيرة ومفوضة؛ لأنه يصح أن يكون يوماً أو يومين أو أكثر، ثم ينقطع، فيفيد توقيته بالمدة.

(ولو قال: «أنا منك طالق».. فهو لغو وإن نوى) الطلاق.

وقال الشافعي: يقع الطلاق إن نوى؛ لأن ملك النكاح مشترك بينهما، وكذا الحل مشترك بينهما، والطلاق وضع لإزالتهما.. فيصح مضافاً إليه كما يصح مضافاً إليها.

قلنا: لا، نسلم أن الطلاق وضع لإزالة النكاح والحِل المشتركين بينهما، بل: وضع لإزالة القيد، وهو فيها دون الزوج، ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوج والبروز؟

سلمنا ذلك، لكن ملك النكاح عليها؛ لأنها مملوكة والزوج مالك، ولهذا

وَلَو قَالَ: «أَنا مِنْكِ بَائِنٌ، أَو عَلَيْكِ حرَامٌ».. بَانَتْ إِن نوى.

سميت منكوحة، ومن ههنا يظهر وجه الفرق بين المسألتين ذكرهما «قاضي خان»؛ حيث قال:

ولو جمع بين منكوحته ورجل، فقال: «أحدكما طالق».. لا يقع الطلاق على امرأته في قول أبي حنيفة، وعن أبي يوسف: أنه يقع.

ولو جمع بين امرأته وأجنبية، وقال: «طلقت إحداكما».. طلقت امرأته، ولو قال: «إحداكما طالق»، ولو لم ينو شيئاً.. لا تطلق امرأته، وعنهما: أنها تطلق.

ولو جمع بين امرأته وما ليس بمحل للطلاق؛ كالبهيمة والحجر، وقال: «إحداكما طالق».. طلقت امرأته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تطلق.

ولو جمع بين امرأته الحية والميتة، وقال: «إحداكما طالق».. لا تطلق الحية. انتهى.

واعترض عليه في «البحر»: بأن الرجل ليس بمحل للطلاق، وكذا الميتة، فينبغي الوقوع فيهما على امرأته؛ كما في البهيمة والحجر، ولذا قالوا: لو قال لامرأته: «أنا منك طالق».. لا يقع الطلاق، وإن نوى الطلاق؛ لأنه ليس محلاً للطلاق، ثم أجاب عنه بمسألة نقلها عن «المحيط»، وهي: أن إضافة الطلاق إلى الرجل، وإن لم تصح.. فحكمه يثبت في حقه وهو الحرمة، ولذا لو أضاف الزوج الحرمة إلى نفسه، وقال: «أنا منك حرام».. صح فصار كالأجنبية، فظهر منه الفرق بين جمعِ منكوحته مع رجل أو مع المرأة الميتة، وبين جمعهِ بينها وبين البهيمة والحجر.

(**ولو قال: «أنا منك** [٤٠٤/ب] **بائن، أو عليك حرام».. بانت إن نوى**) الطلاق؛ لأن الإبانة لإزالة الوصلة المشتركة بينهما، والتحريم لإزالة الحل المشترك بينهما.. فيصح إضافتهما إليهما، بخلاف الطلاق، حيث لا يصح إضافته إلا إليها؛ على ما ذكرناه.

فإن قيل: لو كان الزوجان مشتركان في الإبانة والحل.. لاتّحدا في حق إضافة الإبانة والحرمة إليهما، واللازم منتف؛ فإنه إذا قال: «أنت بائن أو حرام» ولم يزد عليه ونوى الطلاق.. وقع؛ لتعيين إزالة ما بينهما من الوصلة، ولو قال: «أنا بائن أو حرام» ونوى الطلاق.. لم يقع ما لم يقل منك وعليك.

أجيب: بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك، بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها؛ فإنه ليس عليها ملك غيره، ولا تحل على غيره ما دامت تحته، فكانت الجهة متعينة، فاكتفى بقوله: «أنت بائن أو حرام».

وأما الزوج: فله ملك على غيرها أيضاً ويحل على غيرها، وإن كانت تلك تحته.. فلا بد من ذكر «منك وعليك» تعييناً للجهة.

قال في «القنية» بعلاَمَة فتاوى العصر[1]: لو قال: «أنت حرام» وقال: ما نويت به الطلاق.. لا يصدق، وليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب فيتركا العرف.

ثم قال: بتلك العلامة وبعلامة مجد الدين الترجماني[2]: لا يحتاج إلى كلمة «على».

ثم نقل عن شمس الأئمة السرخسي: لو قال لها: «أنا بائن» ولم يقل منك، أو «أنا حرام» ولم يقل عليك.. فليس هذا بشيء.

بخلاف ما إذا قال: «أنت بائن أو أنت حرام».

وفي «خزانة الأكمل»: لو قال: «أنت حرام أو بائن» ولم يقل مني.. فهو باطل.

وهذا سهو منه، حيث نقله من «العيون»، وفي «العيون» ذكر ذلك من جانب

(١) وهي الرمز الذي وضعه له اختصاراً في كتابه وهو (فع)، والمسألة بحالها في مخطوط «القنية»ص (٩٦).

(٢) أي: برمز (مت) والمسألة في مخطوط «القنية» ص (٩٦).

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ موتِي، أَو مَعَ موتِكِ».. فَهُوَ لَغْوٌ.

وَكَذَا لَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً أَو لا». خلافاً لمُحَمَّدٍ فِي رِوَايَةٍ.

المرأة فقال: ولو جعل أمر امرأته بيدها فقالت للزوج: «أنت علي حرام»، أو «أنت مني بائن»، أو «أنا عليك»، أو «بائن».. وقع، ولو قالت: «أنت بائن أو حرام» ولم تقل مني.. فهو باطل.

ووقع في بعض نسخ «العيون»: «ولو قال» بغير تاء التأنيث بدل، «ولو قالت»، فظن صاحب الأكمل أنها مسألة مبتدأة، وظن أنه لو قال ذلك الرجل لامرأته.. فهو باطل، قال رحمه الله: وعند هذا ازداد سهو شيخنا نجم الأئمة البخاري فزاد فيها لفظة «لها» فقال: «ولو قال لها: أنت حرام أو بائن».. فهو باطل»، والمسألة بحالها مع تاء التأنيث مذكورة في «الواقعات الكبرى» فعرف سهوهما. انتهى.

(ولو قال: «أنت طالق مع موتي، أو مع موتك».. فهو لغو)؛ لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له؛ لأن موته ينافي الأهلية، وموتها ينافي المحلية، ولا بد منهما.

(وكذا لو قال: «أنت طالق واحدة أو لا») عند أبي حنيفة، وأبي يوسف آخراً، (خلافاً لمحمد في رواية) وهو قول أبي يوسف أولاً.

ذكر المسألة في «الجامع الصغير» من غير ذكر خلاف.

ثم ذكر قول محمد في طلاق «المبسوط»: أن عنده تطلق واحدة رجعية فيما إذا قال: [٤٠٥/أ] «أنت طالق أو لا»، ولا فرق بين الوصفين، وفهم منه: أن عن محمد في المسألة روايتين، ووجه محمد: أنه إذا دخل الشك في الواحدة؛ لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي.. فيسقط اعتبار الواحدة، وبقي قوله: «أنت طالق»، بخلاف قوله: «أنت طالق أو لا»؛ لأنه دخل الشك في أصل الإيقاع.. فلا يقع.

ولهما: أن الوصف؛ أي: «أنت طالق» متى قرن بالعدد بأن قال: «أنت طالق واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً».. كان الوقوع بذكر العدد لا بالوصف؛ لأن أول الكلام

وَإِن ملك امْرَأَتَهُ أَو شِقْصَها، أَو ملكَتْهُ أَو شِقصَهُ.. بَطلَ العقدُ.

فَلَو طَلقَّهَا بعدَ ذَلِكَ.. لَغَا.

وَلَو قَالَ لَهَا وَهِي أمةٌ: «أَنْتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ مَعَ إِعْتَاقِ سيّدِكِ إِيَّاكِ» فأعتقها.. ملكَ الرّجْعَةَ.

يتوقف على آخره إذا كان آخره مغيراً لأوله، ولهذا لو قال لغير المدخول بها: «أنت طالق ثلاثاً».. تطلق ثلاثاً، ولو كان الوقوع بالوصف.. للغا ذكر الثلاث.

ولو قال: «أنت طالق واحدة» فماتت قبل قوله واحدة.. لم يقع شيء، ولو كان الوقوع بالوصف.. لوقع، وإذا كان الوقوع بذكر العدد.. كان الشك داخلاً في الإيقاع.. فلا يقع؛ كما في «أنت طالق أو لا»؛ لأن الواقع في الحقيقة هو المنعوت المحذوف، ومعناه: أنت طالق تطليقة واحدة.

(**وإن ملك امرأته أو شقصها أو ملكته أو شقصه.. بطل العقد**)؛ للمنافاة بين الملكية وبين المالكية؛ أما ملكها إياه: فللاجتماع بين المالكية والمملوكية، وأما ملكه إياها: فلأن ملك النكاح ضرورة ضعيف، ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين القوي فينتفي النكاح عند وجود القوي.

فإن قيل: الحل لا يثبت بالشقص.

قلنا: نعم، إلا أن ملك اليمين دليل الحل فقام مقام الحل تيسيراً، وإلا ينتقض هذا بالمكاتب إذا اشترى زوجته.. لا يبطل النكاح؛ لأنه ليس له ملكاً عليها، بل له حق الملك، وذلك لا يمنع بقاء النكاح.

(**فلو طلقها بعد ذلك**) أي بعد شراء أحدهما: صاحبه (**..لغا**)؛ لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح، ولا بقاء له مع وجود المنافي، لا من وجه، ولا من كل وجه.

(**ولو قال لها وهي أمة**) لغيره : (**«أنت طالق ثنتين مع إعتاق سيدك إياك» فأعتقها [ملك] الرجعة**)؛ لأنه علق التطليق بالإعتاق؛ لأنه متردد بين الوجود والعدم،

وَإن علَّقَ طلقتها بمجيء الْغَد، وعلَّقَ مَوْلَاهَا عِتقَهَا بِهِ فجَاءَ.. لَا تحلُّ لَهُ إِلاّ بعدَ زوجٍ آخرَ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: يملكُ الرّجْعَةَ. وَتعْتَدُّ كَالْحرَّةِ إِجْمَاعًا.

فيصلح شرطاً، والمعلق يوجد بعد الشرط.. فتطلق وهي حرة، فلا يحرم بالطلقتين حرمة غليظة.. فيملك الرجعة.

فإن قيل: كلمة «مع» للمقارنة، فيكون منافياً لمعنى الشرط.

قلنا: قد يراد بها التأخر؛ كما في قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا﴾، فيحمل عليه تصحيحاً لكلام العاقل، وقد يعارض بأنه يلزم على ذلك التقدير: أن يقع طلاق من قيل لها وهي أجنبية: «أنت طالق مع نكاحك»، ولكنه لا يقع.

وأجيب: بأن العدول عن معنى القران: الذي هو حقيقة «مع»؛ لضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزاً وتعليقاً مطلقاً، وفيما ذكر ليس ذلك؛ فإنه لا يملك التنجيز ولا التعليق إلا بعد النكاح، ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقاً: صيانة كلام من ليس كذلك.

(**وإن علق طلقتيها**) أي الأمة (**بمجيء الغد**) بأن قال: «إذا جاء الغد فأنت طالق ثنتين» [٤٠٥/ب] (**وعلق مولاها عتقها به**)؛ أي بمجيء الغد؛ بأن قال: «إذا جاء الغد فأنت حرة»، ولا بد أن يكون التعليق بـ«إذا» لا بـ«أن»؛ لأن «إن»: تدخل على ما هو على خطر الوجود البتة؛ لكونه خالصاً في الشرط، بخلافه «إذا»؛ فإنه يدخل على متحقق الوقوع، ومجيء الغد كذلك (**فجاء**) الغد (.. **لا تحل له إلا بعد زوج آخر**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(**وعند محمد يملك الرجعة وتعتد**)؛ أي في المسألتين؛ (**كالحرة إجماعاً**)؛ أي ثلاث حيض إن كانت من ذوات الأقراء.

والأصل هاهنا: أن العلة والحكم مطلقاً؛ شرعيةً أو عقليةً.. يقترنان زماناً عند جمهور المحققين؛ كالاستطاعة مع الفعل، وعند بعض المشايخ: يتعاقبان في

الشرعية بناء على أن العلل الشرعية لها بقاء؛ لكونها في حكم الأعيان، والأصل تقدم المؤثر على الأثر، فلا يترك ذلك فيما أمكن، وقد أمكن في العلل الشرعية، بخلاف الاستطاعة مع الفعل؛ لأنها عرض، فلو تقدمت.. كان الفعل بلا استطاعة؛ لعدم بقاء الأعراض وهو محال، وعلى هذا: يمكن أن يخرج قول محمد على أوجه:

الأول: أنه يجوز أن يختار قول الجمهور في العتق وقول البعض في الطلاق.. فيقع الطلاق عليها وهي حرة.

والثاني: أن المعلق كالمرسل عند الشرط، فيكون كأن المولى والزوج أرسلا في ذلك الوقت.. فيقع أوجز القولين أولاً وهو المعتق؛ لأن قوله: «أنت حرة» أوجز من قوله: «أنت طالق ثنتين».. فيقع الطلاق وهي حرة، فلا تحرم بهما حرمة غليظة.

والثالث: أن العتق والطلاق: وإن كانا مقترنين مع علتيهما أو يتعاقبان، لكن حكم التطليق متأخر عن حكم الإعتاق في الوجود؛ لكون الطلاق محظوراً والإعتاق مندوباً إليه، كما في البيع إذا كان صحيحاً.. يفيد الحكم في الحال، وإذا كان فاسداً.. يتأخر حكمه إلى وجود القبض؛ لكونه محظوراً.

والرابع: أنهما لما علقا التطليق والإعتاق بشرط واحد؛ أعني: مجيء الغد.. كانا مقترنين في السببية لحكمهما أيضاً، والعتق يقارن الإعتاق، والطلاق يقارن التطليق، بناء على أن الحكم لا يتأخر عن علته؛ على ما مر.. فيلزم منه مقارنة الطلاق؛ لأن الطلاق مقارن للتطليق، والتطليق مقارن للإعتاق والإعتاق مقارن للعتق؛ لما ذكرناه، فالطلاق مقارن للعتق؛ لمقدمة أجنبية منتجة في قياس المساواة، من أن مقارن المقارن: مقارن كذلك، فكان قد وقع الطلاق عليها وهي حرة.. فلا تحرم حرمة غليظة، وهذا الوجه ضعيف على ما سيظهر لك.

والخامس: أن الاحتياط في الاستصحاب؛ أعني بقاء ما كان على ما كان؛ لأن الملك والحل كان ثابتاً بيقين.. فلا يزول بالشك احتياطاً، ولهذا كانت عدتها ثلاث حيض.

ولهما: أنهما علقا بشرط واحد؛ أعني مجيء الغد، والعتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلقتان.. فتحرم بهما حرمة غليظة، وهذا: لأن زمان ثبوت العتق هو زمان ثبوت [٤٠٦/أ] الطلاق؛ لما ذكرناه، فلا يصح القول أن الطلقتين يصادفها وهي حرة؛ على ما مر في الوجه الرابع، بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه علق التطليق بالإعتاق.. فيقع الطلاق بعد العتق بالضرورة ، وبخلاف العدة: لأنها حكم الطلاق.. فتعقبه، أو لأنه يحتاط فيها، وكذا الحرمة الغليظة يحتاط فيها.

* * *

(فصلٌ)

لَو قَالَ لَهَا: «أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا» مُشِيراً بأصابعهِ.. وَقعَ بعدَدِها.

فَإِن أَشارَ ببطونِها.. تعْتَبرُ المنشورةُ، ....

فصل
في تَشْبِيهِ الطَّلَاقِ وَوَصْفِه

(قال لها: «أنت طالق هكذا» مشيراً بأصابعه) شبه عدد الطلاق بعدد أصابعه المشار إليه بكلمة «ذا» (.. يقع بعددها)؛ لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد عرفاً وشرعاً؛ إذا اقترنت بالاسم المبهم؛ لحديث البخاري: أنه عليه الصلاة والسلام قال: «الشهر هكذا، وهكذا وهكذا»، وأشار بأصابعه العشرة، ثم قال: «الشهر هكذا، وهكذا وهكذا» وخنس إبهامه في الثالثة، يعني تسعة وعشرين.

فإن أشار بالواحدة.. طلقت واحدة، وبالثنتين.. فثنتين، وبالثلاث.. فثلاث.

وأشار بقوله: «هكذا» إلى أنه لو قال: «أنت طالق» وأشار بأصابعه ولم يقل «هكذا».. يقع واحدة؛ لأن الإشارة تفسير للقدر المبهم ولم يوجد.. فلغت، فيكون العامل فيه قوله «أنت طالق».

وفي «المحيط»: لو قالت لزوجها: «طلقني»، فأشار إليها بثلاث أصابع وأراد به الطلاق الثلاث.. لا يقع ما لم يقل «هكذا».

وفي «الخانية»: بين الإشارة بالأصابع التي اعتاد الناس الإشارة بها وبين الأصابع الأخر، وإن أشار بثلاث أصابع وقال: عنيت بهذه الأمثال التشبيه بالكف دون الأصابع.. لا يصدق قضاء، ويدين ديانة.

ولو قال: «أنت طالق مثل هذا» وأشار إلى ثلاثة أصابع ونوى ثلاثاً.. فثلاث، أو واحدة.. فواحدة.

وإن أشار بالأصابع كلها وقال: «أنت طالق» ولم يقل: «هكذا».. تقع واحدة.

(فإن أشار ببطونها تعتبر المنشورة) للعرف والسنة؛ فإنه عليه الصلاة السلام لما

وبظهورها.. تعْتَبرُ المضمومةُ.

وَلَو وصفَ الطَّلَاقَ بِضَرْبٍ منَ الشدَّةِ؛ بأن قالَ: «أنتِ طالقٌ بائنٌ» أَوَ اَلْبَتَّةَ،

خنس إبهامه في الثالثة؛ فيما رويناه.. علم أن الاعتبار بما نشر دون ما عقد.

ولو أراد الإشارة بالمضمومتين.. صدق ديانة لا قضاء، حتى يقع ثنتان ديانة.

وكذا لو نوى الإشارة بالكف حال كون الأصابع منشورة.. صدق ديانه؛ لأنه محتمل.. فيقع واحدة ديانة لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

(**وإن بظهورها.. تعتبر المضمومة**) وهو أن يجعل ظهر الكف إليها وبطون الأصابع إلى نفسه.

وقيل: إن كان بطن كفه إلى السماء.. فالعبرة للنشر، وإن كان إلى الأرض.. فالعبرة للضم.

وقيل: إن كان نشراً عن ضم.. فالعبرة للنشر، وإن كان ضماً عن نشر.. فالعبرة للضم.

(**ولو وصف الطلاق بضرب من الشدة بأن قال: «أنت طالق بائن أو البتة»**).

وقال مالك والشافعي وأحمد: يقع رجعياً؛ إذا كان بعد الدخول؛ لأن قوله: «أنت طالق» صريح.. فيكون رجعياً، ووصفه بالبائن أو البتة تغيير له.. فيلغو.

ولنا: أنه وصفه بما يحتمله؛ ألا ترى أن البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به، ولو لم يكن من محتملاته.. لم يحصل به، فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين وتبييناً له لا تغييراً له.

فإن قيل: إنه لو كان [٤٠٦/ب] من محتملاته.. لجاز نيتها فيقع بقوله: «أنت طالق» طلقة واحدة بائنة إذا نوى، وليس كذلك.

قلنا: النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع، ونية البائن من قوله: «أنت طالق».. تغيير المشروع؛ لأن التصريح يعقب الرجعة شرعاً؛ على ما ذكرناه.

أَو أَفحشَ الطَّلَاقِ، أَو أخبثَهُ، أَو أشدَّهُ، أَو طَلَاقَ الشَّيْطَانِ، أَوِ الْبِدْعَةِ، أَو كالجبلِ، أَو كألفٍ،

(**أو أفحش الطلاق أو أخبثه**) أو أسوأه؛ لأنه لا يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة.. فصار كقوله بائن.

(**أو أشده**)، أو أشره، أو أكبره؛ لما ذكرناه.

فإن قيل: هذه صيغة تفضيل فيقتضي فاحشاً وأفحش، والفاحش هو البائن، والأفحش منه هو الثلاث.. فينبغي أن يقع الثلاث به، نوى أو لم ينو.

أجيب: بأن «أفعل»: قد يكون لإثبات أصل الوصف من غير زيادة؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾.

(**أو طلاق الشيطان أو البدعة**)؛ لأن الرجعي هو السنة، فيكون طلاق البدعة والشيطان.. بائناً.

وعن أبي يوسف في: «أنت طالق للبدعة».. أنه لا يكون بائناً إلا بالنية؛ لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع أيضاً في حال الحيض.. فلا بد من النية.

وعن محمد: أنه إذا قال: «أنت طالق للبدعة، أو طلاق الشيطان».. يكون رجعياً؛ لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في الحيض، فلا تثبت البيونة بالشك.

(**أو كالجبل**)، أو مثل الجبل؛ لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة، وذلك بإثبات زيادة الوصف وهي البينونة.

وعن أبي يوسف: يقع رجعياً؛ لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهاً في توحده.

(**أو كالف**)؛ لأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة، وفي العدد أخرى؛ رجل كألف ويراد به القوة.. فيصح نية الأمرين، وعند فقدان النية.. ثبت أقلهما وهو: الواحد البائن.

وعن محمد: أنه يقع الثلاث عند عدم النية؛ لأنه عدد فيراد بها التشبيه في العدد ظاهراً فصار كما إذا قال: «أنت طالق كعدد ألف».

أَو مَلءَ الْبَيْتِ، أَو تَطْلِيقَةً شَدِيدَةً، أَو طَوِيلَةً، أَو عريضةً»..

وعن محمد: أنه لو.

قال: «أنت طالق كالنجوم».. تقع واحدة و«كعدد النجوم».. ثلاث، فيحتاج إلى الفرق بينه وبين قوله «كألف»؛ أن الألف موضوع للعدد، فيكون التشبيه به لتكثيره، بخلاف النجوم؛ لأنه يحتمل التشبيه في الإيضاء.

(أو ملء البيت)؛ لأن الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه، وقد يملؤه لكثرته، فأيهما نوى.. صحت نيته، وعند انعدامها.. يثبت الأقل لتيقنه.

(أو تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة)؛ لأن ما لا يمكن تداركه.. يشتد عليه، وهو البائن، وما يصعب تداركه يقال: «لهذا الأمر طول وعرض».

وعن أبي يوسف: أنه يقع بهذه الثلاثة رجعية؛ لأن الوصف لا يليق له.. فيلغو.

ثم الأصل ههنا: أنه متى وصف الطلاق؛ إن كان وصفاً لا يوصف به الطلاق.. يلغو الوصف ويقع رجعياً؛ مثل: «أنت طالق طلاقاً لم يقع عليك، أو على أنه بالخيار، أو عدد التراب».

ومتى وصف بصفة يوصف بها الطلاق؛ فإما [٤٠٧/أ] أن لا ينبئ عن زيادة؛ كقوله: «أحسن الطلاق، أو أفضله، أو أسنه، أو أجله، أو أعدله، أو أخيره».

أو ينبئ عن زيادة نحو «أشد الطلاق، أو أفحشه» وغيرهما مما ذكر.

فالأول: رجعي.

والثاني: بائن؛ على أصولهم.

فأصل أبي حنيفة فيه: أنه متى شبه الطلاق بشيء.. يقع بائناً، أيَّ شيء كان المشبه به؛ ذكر العظم أو لم يذكر؛ لما مر أن التشبيه يقتضي زيادة وصف وهو البائن.

وعند أبي يوسف: إن ذكر العظم.. يكون بائناً، وإلا: فيكون رجعياً، أيَّ شيء كان المشبه به؛ لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد، وذكر العظم للزيادة لا محالة.

وَقع وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ.

وعند زفر: إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس.. يقع بائناً، وإلا.. فرجعيّ؛ ذكر العظم أو لا.

وقول محمد مضطرب؛ قيل: مع أبي حنيفة، وقيل: مع أبي يوسف.

ثمرة الخلاف تظهر في قوله: «أنت طالق مثل رأس الإبرة».. يقع به واحدة بائنة؛ عند أبي حنيفة خاصة لو كان محمد مع أبي يوسف.

ولو قال: «مثل عظم رأس الإبرة».. يقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

ولو قال: «مثل الجبل».. يقع واحدة بائنة عند أبي حنيفة وزفر ومحمد إن كان هو مع أبي حنيفة.

ولو قال: «مثل عظم الجبل».. يقع واحدة بائنة بالاتفاق.

إذا عرفت هذا؛ فلو وصف الطلاق بشيء من المذكور (.. **وقع واحدة بائنة**) بلا نية؛ على ما ذكرناه.

وفي «التاتارخانية» عن البقالي: إذا قال لها: «أنت طالق عامة الطلاق، أو قال: جل الطلاق».. فيقع ثنتان.

ولو قال: «أكتر الطلاق».. فهو ثلاث.

ولو قال لها: «كل الطلاق».. فهي واحدة.

ولو قال: «أكثر الطلاق».. فهي ثنتان.

وفي «التنوير»: لو قال: «أكبر الطلاق» بالباء الموحدة من تحت.. تقع واحدة. انتهى.

فعلم منه: أن المذكور في «الخانية» أولاً من قوله: «أكتر الطلاق، فهو ثلاث» بالتاء المثنات من فوق، وبه صرح في «التنوير» أيضاً.

وَكَذَا إِن نوى الثِّنْتَيْنِ.

إِلاَّ إِذا نوى بقولِهِ: «طَالِق» وَاحِدَةً، وَبِقَوْلِهِ: «بَائِنٌ، أَو الْبَتَّةَ» طَلْقة أُخْرَى.. فَيَقَعُ بائنانِ.

وأن قوله ثانياً: «أكثر الطلاق فهي ثنتان» بالثاء المثلثة من فوق.

والحاصل: أن الواقع بقوله أكبر الطلاق بالباء الموحدة.. طلقة واحدة، وبقوله أكثر الطلاق بالثاء المثلثة من فوق.. ثنتان، وبقوله: «أكتر الطلاق» بالتاء المثناة من فوق.. ثلاث.

وهذا - والله أعلم -: أن المراد بوصفه بالكبر الشدة، فيكون بياناً لكيفية الطلاق.. فيقع واحدة بائنة.

والمراد بقوله: «أكثر» بالمثلث مجرد بيان كمية الطلاق، وأقله واحد، وبالثنتين يصير كثيراً، فلا حاجة إلى إثبات الثلاث، وقد ذكرنا أنه ليس بصيغة التفضيل معناه الحقيقي، بل: لإثبات أصل المعنى، ومعنى الكثر القدر؛ على ما في «القاموس»، ومعلوم أن قدر الطلاق: هو الثلاث في الحرة.. فيقع بأكثر: ثلاثاً، وعلى ما ذكرناه ينبغي أن يحمل ما قال في «فتح القدير» عزواً إلى «كاف الحاكم»: أنه لو قال: «أنت طالق أكثر الطلاق».. فهي ثلاث لا يدين فيها إذا قال نويت واحدة. انتهى.

يعني: مراده بلفظ أكثر ما كان بالتاء من فوق؛ على ما ذكرناه، لكنه يشكل ما في «البحر» من أن قوله: «أنت طالق أكثره» بالثاء المثلثة.. يقع به الثلاث. انتهى.

ولعل الصواب ما ذكرناه. تأمل.

(**وكذا**)؛ أي: يقع واحدة (**إن نوى** [٤٠٧/ب] **الثنتين**) في الحرة؛ لأن الثنتين في الأمة بمنزلة الثلاث في الحرة.. فتصح النية بها في الأمة، (**إلا إذا نوى بقوله طالق**) طلقة (**واحدة**).

(**وبقوله: «بائن أو البتة» طلقة أخرى فيقع بائنان**)؛ لأن وصف البائن أو البتة: يصلحان لابتداء الإيقاع؛ بأن قال: «أنت بائن أو أنت بتة» ونوى به الطلاق، فكذا إذا

وَصِحَّت نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي الْكُلِّ.

نوى به تطليقة أخرى؛ فكأنه قال: «أنت طالق، أنت بائن»، وكان ينبغي أن يكون الأول رجعياً؛ عملاً بقوله: «أنت طالق»، إلا أنا جعلنا بائناً؛ لعدم الإمكان؛ لأن الثاني يكون بائناً لا محالة عندنا فيستتبع الأول.

(**وصحت نية الثلاث في الكل**)؛ لأن الثلاث في الحرة واحد حكمي يتناوله لفظ الطلاق، فيكون من محتملاته.. فصحت نيته، بخلاف الثنتين؛ فإنه عدد محض في الحرة.. لا يتناوله لفظ الطلاق؛ لأنه اسم جنس.. لا يحتمل العدد المحض؛ على ما مر في باب الإيقاع، ولهذا قال في «الخانية»: لو قال: «أنت طالق عدداً من الطلاق».. فهو ثنتان ، وكذلك إذا قال: «عدد الطلاق».

* * *

(فصلٌ)

طلَّقَ غيرَ الْمَدْخُولِ بهَا ثَلَاثاً.. وقعنَ.

وَإِن فرَّقَ.. بَانَتْ بِالْأولَى، وَلَا تقعُ الثَّانِيَةُ.

فصل
في الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُول

(طلق غير المدخول بها ثلاثاً.. وقعن)؛ أي: الثلاث اعتباراً لعموم قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ سواء قال: «أوقعت عليك ثلاث تطليقات، أو أنت طالق ثلاثاً».

ولا خلاف في الأول؛ على ما صرح به في «فتح القدير»؛ حيث قال: فإنه يقع الثلاث عند الكل.

وفي الثاني: خلاف الحسن البصري، وعطاء، وجابر بن زيد، فإنهم قالوا: إذا قال: «أنت طالق».. تبين به واحدة لا إلى عدة، وقوله: «ثلاثاً» يصادفها وهي أجنبية.. فلا يقع به شيء؛ كما لو قال: «أنت طالق طالق طالق» بالواو أو لا.

ولنا: أن الواقع عليها هو المصدر المحذوف؛ والمعنى: طلاقاً ثلاثاً؛ لأن الوصف متى قرن بالعدد.. كان الوقوع بذكر العدد لا بالوصف، حتى لو ماتت قبل ذكر العدد بعد قوله: «أنت طالق».. كان لغواً؛ على ما مر، فلا بد لذلك من تقدير شيء يحتمل التعدد؛ لأن الوصف نعت المرأة لا يحتمل التعدد، فقدرنا المصدر لدلالة الوصف عليه، وهو يحتمل التعدد؛ فإذا كان الواقع هو المصدر المحذوف.. لم يكن قوله: «أنت طالق» إيقاعاً على حدة، وإلا.. لزاد عدد الطلاق، وهو غير مشروع.. فيقعن جملة، وصار الكل كلاماً واحداً.

بخلاف: «أنت طالق طالق طالق» بالواو أو لا ، وكذا: «أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق»؛ لكونها جملة، فيكون كل واحد إيقاعاً على حدة، وتبين بالأولى، ولا تقع الثانية والثالثة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير أوله، حتى يتوقف عليه؛ لأن الثانية صادفتها وهي مبانة؛ على ما أشار إليه بقوله: (وإن فرق)؛ أي الطلاق؛ على ما ذكرناه (.. بانت بالأولى، ولا تقع الثانية)؛ لما بيناه.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً».. وَقعَ وَاحِدَةٌ.

وينبغي أن يكون المراد بالتفريق ههنا: بغير الواو؛ ليحسن مقابلته بقوله: (**ولو قال**) لغير المدخول بها: («**أنت طالق واحدة وواحدة**».. **وقع واحدة**)؛ لما ذكرناه أنها بانت بالأولى، والثانية صادفتها وهي مبانة، بخلاف قوله: «أنت طالق ثلاثاً إن شئت»، فقالت: شئت واحدة وواحدة [٤٠٨/أ] وواحدة.. فإنه يقع عليها ثلاث مع التفريق؛ لأن تمام الشرط بآخر كلامها؛ فلما لم يتم الشرط.. لا ينزل الجزاء قبل تمامه.

قال مالك والشافعي وأحمد في القديم: أنها تطلق ثلاثاً إذا كان بعطف؛ مثل «واحدة وواحدة وواحدة»؛ لأن الواو للجمع المطلق بغير ترتيب، والملفوظ بحرف الجمع كالملفوظ بلفظ الجمع، حتى لو زوجه فضولي أختين في عقدين، فقال: «أجزت نكاح هذه وهذه».. بطلا.

ولو مات شخص وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء، فقال ابنه أعتق أبي هذا، وهذا.. وهذا يكون الثلاث بينهم على السواء.

ولو قال لغير المدخول بها: «أنت طالق ونصف، أو واحدة وأخرى».. يقع ثنتان، أو «واحدة وعشرين».. يقع ثلاثاً.

قلنا: إنها لما بانت بالأولى لا إلى عدة.. لم يبق للثاني محلاً، بخلافه المجموع بلفظ الجمع، فإنها تقع جملة واحدة.

وقوله: «واحدة ونصف، أو واحدة وعشرين» ليس لهما عبارة أخصر منهما، فكان فيها ضرورة، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه يمكن تثنيته أو جمعه.

وقوله: «واحدة وأخرى».. إنما وقع به ثنتان؛ لأن لفظة أخرى لم تستعمل ابتداء واستقلالاً للإيقاع.

ونكاح الأختين ومسألة الوارث: لأن آخر كلامه مغير لصدره.. فيتوقف عليه كما يتوقف على الشرط؛ لأن نكاح المرأة متى صح.. بطل نكاح أختها فكان مغيراً،

وَكَذَا لَو قَالَ: «وَاحِدَةً قبلَ وَاحِدَةٍ، أَو بعْدهَا وَاحِدَةٌ».

وَلَو قَالَ: «بعدَ وَاحِدَةٍ، أَو قبلَهَا وَاحِدَةٌ، أَو مَعَ وَاحِدَةٍ، أَو مَعهَا وَاحِدَةٌ».. فثنتان.

وكذا إقرار الوارث بالعتق للثاني والثالث يغير الصدر؛ لأنه لو سكت على إقراره للأول.. كان له الثلث كله؛ فإذا أقر لغيره أيضاً معه كان شاركه فيه فنقص حقه.. كان مغيراً.

(**وكذا لو قال واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة**)؛ لأنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف؛ فإن قرنهما بالضمير.. كان صفة للمذكور آخراً؛ كقوله: «جاءني زيد قبله عمرو»، وإن لم يقرن بالضمير.. كان صفة للمذكور أولاً؛ كقوله: «جاءني زيد قبل عمرو» فالقبلية في قوله: «واحدة قبل واحدة» صفة للأولى.. فتبين بها، فلا تقع الثانية؛ لعدم المحل.

والبعدية في قوله: «بعدها واحدة» صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى فكان في معنى: «أنت طالق واحدة قبل واحدة أخرى تقع عليك».. فتبين بالأولى، وفي معنى: «بعدها واحدة أخرى تقع عليك».. فتبين بالأولى قبل الأخرى.

(**ولو قال**): «أنت طالق واحدة» (**بعد واحدة**).. يقع ثنتان؛ لما ذكرناه أن البعدية صفة للأولى، فكان معناه: «أنت طالق واحدة بعد واحدة أخرى كانت وقعت عليك»، فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع الأخرى قبل هذا في الماضي، وهذا منه إسناد للثانية إلى وقت ماض، وليس في وسعه ذلك، فيكون موقعاً لها في الحال مع الأولى، فكان وقوع الواحدة بالإنشاء، والأخرى بالإقرار.. فيكون ثنتين.

(**أو**: «**قبلها واحدة**»).. يقع ثنتان لما ذكرناه أيضاً أن القبلية ههنا: صفة للثانية؛ لاتصالها بالهاء فكان معناه: «أنت طالق واحدة قبلها أخرى وقعت عليك» فاقتضى [٤٠٨/ب] إيقاع الواحدة في الحال والأخرى في الماضي، وليس في وسعه.. فيكون موقعاً له في الحال مع الأولى؛ كما ذكرناه من قبل.

(**أو**: «**مع واحدة**» **أو**: «**معها واحدة**».. **فثنتان**)؛ لما بيناه في الأولين، والوجه في

وَفِي الْمَوْطُوءَةِ: ثِنْتَانِ فِي الْكلِّ.

وَلَو قَالَ: «إِن دخلتِ الدَّارَ فَأَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً» فَدخلت.. تقعُ وَاحِدَةٌ، وَعِنْدَهُمَا: ثِنْتَانِ.

وَلَو أَخَّرَ الشَّرْطَ.. فثنتانِ اتِّفَاقاً.

هذه: أن «مع» للقران فتتوقف الأولى على الثانية تحقيقاً لمراده.. فوقعا معاً.

وعن أبي يوسف في قوله: «معها»: أنه يقع واحدة؛ لأن الكناية تستدعي سبق المكنى عنه وجوداً، وذلك في الطلاق بالوقوع.

(**وفي الموطوءة**)؛ أي المدخول بها (.. **ثنتان في الكل**)؛ أي في كل من الوجوه المذكورة من «قبل» و«بعد» بالكناية وغيرها؛ لقيام المحلية بعد وقوع الأولى للعدة.

(**ولو قال**) - أي لغير المدخول بها؛ إذ في المدخول بها يقع ثنتان أيضاً، في صورتي تقديم الشرط وتأخيره - (: «**إن دخلت الدار.. فأنت طالق واحدة وواحدة**» **فدخلت.. تقع واحدة**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: ثنتان**.

ولو أخر الشرط)؛ بأن قال: «أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار».. (**فثنتان اتفاقاً**).

لهم في بيان أصل الطرفين طريقان:

أحدهما: أن الواو عندهما للمقارنة، وقد دخلت بين الأجزية فتجمع بينها فيتعلقن جملة ويقعن جملة؛ كما لو قال: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً»؛ وكما في صورة تأخير الشرط.

وعند أبي حنيفة: أنها للترتيب؛ لأنها لو حملت على القران.. يقعن جملة، ولو على الترتيب.. تقع واحدة، فكان في الزائد شك، فلا يقع فتحمل على الترتيب.. فتقع واحدة؛ كما في المنجز بقوله: «أنت طالق واحدة وواحدة».

وثانيهما: أن تعليق الأجزية بالشرط عنده على سبيل التعاقب والترتيب؛ لأن

قوله: «إن دخلت الدار.. فأنت طالق» جملة كاملة مستغنية عما بعدها فيحصل بها التعلق بالشرط، وقوله: «وطالق» جملة ناقصة؛ لعدم ظهور الشرط فيها مفتقرة في الإفادة إلى الأولى، فيكون تعليق الثانية بعد تعليق الأولى، والثالثة بعدهما؛ فإذا كان تعليق الأجزية بالشرط على التعاقب.. كان وقوعها أيضاً كذلك؛ لأن المعلق بالشرط.. كالمنجز عند وجود الشرط، وفي المنجز: تبين بالأولى، فكذا في المعلق.. فتلغو الثانية والثالثة؛ لعدم المحل.

بخلاف ما إذا كرر الشرط.. فإن الكل يتعلق بالشرط بلا واسطة.

وبخلاف ما إذا قدم الأجزية.. فإن الكل يتعلق بالشرط دفعة؛ لأنه إذا كان في آخر الكلام ما يغير أوله.. يتوقف الأول على الآخر، فلا يتعاقب في التعليق والوقوع.

وعندهما: يقع الكل دفعة؛ لأن زمان الوقوع هو زمان وجود الشرط، والتفريق إنما هو في أزمنة التعليق لا في أزمنة التطليق؛ لأن الترتيب إنما هو في التكلم لا في صيرورة اللفظ تطليقاً، وتحقيقه: أن عطف الناقصة على الكاملة.. يوجب تقدير ما في الكاملة تكميلاً للناقصة، حتى لو قال: «هذه طالق وهذه».. يجب تثليث طلاق الثانية أيضاً.

وفي الكاملة: الشرط مذكور، فيجب تقديره في الناقصة، فيصير [٤٠٩/أ] بمنزلة ما إذا قال لغير المدخول بها: «إن دخلت الدار.. فأنت طالق إن دخلت الدار، فأنت طالق إن دخلت الدار، فأنت طالق» فعند الدخول.. يقع الثلاث فكذا هنا؛ لأن المقدر: كالملفوظ، والمعتمد: هي هذه الطريقة؛ لأنه لو كان الواو للترتيب عنده، والمقارنة عندهما.. لما اتفقوا على وقوع الواحدة في المنجز في: «أنت طالق وطالق»، وعلى وقوع الثلاث في تقديم الأجزية وتأخير الشرط.

ولو عطف بالفاء: فهو على هذا الخلاف؛ فيما ذكره الكرخي والطحاوي، وعلى ما ذكره أبو الليث: أنه تقع واحدة بالاتفاق؛ لأنها للتعقيب، وهو الأصح؛ على ما في

وَيَقَعُ بِعَدَدٍ قُرِنَ بِالطَّلَاقِ لَا بِهِ، فَلَو مَاتَت قبلَ ذِكرِ الْعدَدِ فِي قَوْلِهِ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً».. لَا تطلقُ.

«الهداية».. فصارت كـ«ثم» و«بعد» وأخر الشرط؛ كـ: «أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق إن دخلت الدار».

فإن كانت مدخولاً بها.. تقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط عند أبي حنيفة؛ لأنها للتراخي، وأثر التراخي يظهر عنده في التعليق، فكأنه فصل بسكوت بين كلمتين.

ولو سكت.. وقع الأول بلا توقف، فكذا هنا.

وإذا وقع الأول.. بقيت محلاً للثانية فتقع الثانية أيضاً وتتعلق الثالثة بدخولها الدار.

وإن كانت غير مدخول بها.. تقع واحدة في الحال وتلغو الباقية؛ لانتفاء محليتها.

وإن قدم الشرط، فقال: «إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق»، وهي مدخول بها.. تعلقت الأولى بالشرط ووقعت الثانية والثالثة.

وإن لم تكن مدخولاً بها.. تعلق الأول ووقع الثاني ولغا الثالث؛ هذا عنده.

وعندهما: أن أثر التراخي يظهر في الوقوع عند وجود الشرط لا في التعليق، فالكل يتعلق بالشرط عندهما، قدم الشرط أو أخر، إلا أنهما عند وجود الشرط.. تطلق ثلاثاً، إن كانت مدخولاً بها. وإلا.. تطلق واحدة.

(**ويقع**)؛ أي الطلاق (**بِعددٍ**) أعم من الحقيقي والحكمي، فيشمل الواحد أيضاً، (**قرن بالطلاق لا به**)؛ أي لا بلفظ الطلاق؛ لما ذكرناه مراراً أن الوصف متى قرن بالعدد.. كان الوقوع بالعدد لا بالوصف؛ بناء على ما قرر أنه إذا ذكر في آخر الكلام ما يغير أوله.. يتوقف أوله على آخره.

(**فلو ماتت**) المرأة (**قبل ذكر**) الزوج (**العدد في قوله: «أنت طالق واحدة».. لا تطلق**)؛ لأنه بالموت بطل المحل فيرث منها.

بخلاف ما لو مات الزوج قبل ذكر العدد.. فإنها تطلق واحدة؛ لأن قوله: «أنت طالق».. يعمل بنفسه في الوقوع، ولا اعتبار بقصده العدد ما لم يتلفظ به.

ولو قال لنسائه الأربع: «بينكن تطليقة»، أو قال: «تطليقتان» أو قال: «ثلاث تطليقات»، أو قال: «أربع تطليقات».. طلقت كل واحدة منهن تطليقة، إلا أن ينوي قسمة كل تطليقة إلى نسائه الأربع بالأجزاء؛ فإذا كمل كل جزء بحكم عدم قبول الطلاق التجزيء.. تطلق كل واحدة ثنتين في الثاني، وثلاثاً في الثالث والرابع.

ولو قال لنسائه الأربع: «بينكن خمس تطليقات».. يقع على كل واحدة منها طلاقان؛ بأن يجعل لكل واحدة منهن طلقة واحدة، ويجعل الخامس بينهن، ثم يكمل [٤٠٩/ب] كل جزء، لما مر فيحصل لكل منهن طلاق، وهكذا إلى ثمان تطليقات؛ فإن زاد عليها.. طلقت كل واحدة ثلاثاً.

أما في التسع: فلأنا قسمناه على الأربع، ثم كملناه فصار ثلاثاً، وهكذا.

وفي «فتح القدير» عن «المبسوط»: لو قال لامرأتين: «أنتما طالقان ثلاثاً» ينوي أن الثلاث بينهما.. يصدق ديانة، فيقع على كل منهما ثنتان؛ لأنه من محتملاته، ولا يصدق قضاء؛ لكونه خلاف الظاهر.. فتطلق كل منهما ثلاثاً قضاء.

وكذا لو قال لأربع: «أنتن طوالق ثلاثاً»؛ ينوي أن الثلاث بينهن.

وفي «الدرر»: قال: «امرأتي طالق» وله امرأتان أو ثلاث.. تطلق واحدةٌ، وللزوج خيار التعيين هو الصحيح.

وقيل: يقع على كل واحدة منهن طلاق.

فعلم أنه لو قال: «امرأتي طالق ثلاثاً» وله امرأتان أو ثلاث.. تطلق واحدة منهن ثلاثاً، وللزوج خيار التعيين، وهكذا أفتى به شيخ الإسلام.

* * *

(فصلٌ)

وكنايتُهُ: مَا احتملَهُ وَغيرَهُ، وَلَا يَقع بهَا إِلَّا بنيَّةٍ أَو دلَالَةِ حَالٍ.

(فصل)

فِي بَيانِ الكِناياتِ

وهو عند الأصوليين: ما استتر المراد به، حقيقة كان أو مجازاً، وإلا.. فصريح.

فالحقيقة التي لم تهجر: صريح.

والتي هجرت وغلب معناها المجازي: كناية.

والمجازي المتعارف: صريح.

وغير المتعارف: كناية.

وعند البيانيين: أن يذكر لفظ ويراد معناه لا لذاته، بل لينتقل منه إلى معنى ثان هو ملزوم للمعنى الأول.

وحكمها: أن لا يجب العمل بها إلا بالنية، أو ما يقوم مقامها؛ من دلالة الحال؛ لأنها غير موضوعة لما استعملت فيه، بل يحتمله وغيره من التعيين بشيء.

وأشار إلى قول الأصوليين بقوله: (**وكنايته**)؛ أي: الطلاق؛ لكونه مذكوراً قبل الفصل: (**ما احتمله وغيره**)، ثم أشار إلى حكمها بقوله: (**ولا يقع**) أي الطلاق (**بها**) أي بالكناية (**إلا بنية أو دلالة حال**) كحال مذاكرة الطلاق، أو حال الغضب؛ كذا في «الدرر».

وفي «البحر»: لو قال لها: «أنت طالق إن شئت واختاري» فقالت: «شئت واخترت».. يقع طلاقان، أحدهما: بالمشيئة والآخربالاختيار من غير نية؛ لتقدم الصريح عليها. انتهى.

فعلم منه: أن تقدم صريح الطلاق كاف في الدلالة، وإن لم يكن مذاكرته منهما.

فَمِنْهَا: اعْتَدِّي، واستبرئي رَحِمَكِ، وَأَنتِ وَاحِدَةٌ.. يَقَعُ بِكُلٍّ مِنْهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ.

ثم قال في «البحر»: إن وقوع الطلاق بها بدلالة الحال.. إنما هو في القضاء؛ لأنه لا يقع ديانة إلا بالنية، ولا عبرة بدلالة الحال. انتهى.

هكذا ذكره في «الأشباه» أيضاً.

وقال الشافعي: لا اعتبار بالدلالة، بل لا بد من النية.

قلنا: دلالة الحال أقوى من النية؛ لأنها ظاهرة، والنية باطنة.

(فمنها: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة، يقع بكل منها واحدة رجعية).

أما الأولى:

فلأنها يحتمل عد الدراهم، أو نعم الله عليك، أو ما يعد من الأقراء، فاستتر المراد منها؛ فإذا نوى ما يعد من الأقرار.. يثبت الطلاق بطريق الاقتضاء؛ ضرورة أن وجوب عد الأقراء.. يقتضي سابقية الطلاق، تصحيحاً للأمر، والضرورة ترتفع بإثبات واحد رجعي، فلا يصار إلى الزائد، وفيه انتقال من اللازم [٤١٠/أ] إلى الملزوم، الذي هو لازم متقدم على ما هو المعتبر في الاقتضاء، فيكون كناية على الاصطلاحين المذكورين من قبل، هذا فيما إذا كان بعد الدخول.

وأما إذا قال ذلك قبل الدخول بها.. فلا جهة للاقتضاء وإرادة حقيقة الأمر بعد الإقرار لينتقل منه إلى الطلاق المتقدم؛ لأن طلاق غير المدخول بها.. لا يوجب العدة، فيجعل قوله: «اعتدي» مجازاً عن «كُوْني طالقاً»؛ بطريق إطلاق اسم المسبب على السبب؛ لأن الطلاق سبب لوجوب الاعتداد.

والحاصل: أنه لما جاز إرادة المعنى الحقيقي في المدخول بها.. جعل اللفظ كناية على الاصطلاحين، ولما تعذر ذلك في غير المدخول بها.. جعل مجازاً على اصطلاح البيان، وكناية على اصطلاح الأصول؛ لاستتار المراد به.

وأما الثانية:

فلأنها تفسير لاعتدي وتوضيح لما هو المقصود من العدة؛ أعني: طلب براءة

وَمَا سواهَا.. يَقعُ بهَا وَاحِدَةٌ بائنةٌ، إِلَّا أَن يَنْوِيَ ثَلَاثاً.. فيقعنَ.

الرحم، إلا أنه يحتمل للوطئ، وطلب الولد، وأن يكون ليتزوج بزوج؛ فإذا نوى ذلك.. يثبت الطلاق اقتضاء أو مجازاً؛ على قدمناه.

وأما الثالثة: فلأنها تحتمل «أنت واحدة في قومك، أو واحدة النساء في الجمال، أو منفردة عندي، أو تطليقة واحدة»؛ على أنها وصف للمصدر؛ فإذا نوى ذلك.. وقع الطلاق، بمنزلة: «أنت طالق طلقة واحدة».. فيقع رجعياً مثله، وهذا كناية؛ على اصطلاح الأصول لا البيان، ولا معتبر بإعراب الواحدة؛ عند عامة المشايخ؛ فإنه يقع بها رجعياً مرفوعة كانت أو منصوبة أو موقوفة على الصحيح.

وقيل: يقع بها إذا نصب وإن لم ينو؛ لكونه صفة للطلقة، ولا يقع إذا رفع وإن نوى؛ لأنه حينئذ صفة شخص.

(**وما سواها**) أي ما سوى الثلاثة المذكورة من ألفاظ الكناية (**يقع بها واحدة بائنة**) إذا نوى الطلاق؛ لما مر من لزوم النية؛ لقطع الاحتمال، إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق، أو في حال تقدم ذكره صريحاً؛ على ما قدمناه؛ فإن القاضي حينئذ يحكم بوقوعه، وإن ادعى الزوج عدم النية.

(**إلا أن ينوي ثلاثاً.. فيقعن**)؛ لأن الواقع بما سواها إذا كان بائناً.. فالبينونة تتصل المرأة للحال من قبله.

ولاتصالها جهتان:

انقطاع يرجع الملك.. فتكون البينونة غليظة.

وانقطاع يرجع إلى المحل.. فتكون البينونة خفيفة، فتعدد المقتضى بتعدد المقتضي؛ على الاحتمال.. فيصح تعيينه بالنية؛ إلا في «اختاري».. فإنه لا يصح نية الثلاث فيه؛ على ما سيصرح به في باب التفويض.

وَلَا تصحُّ نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ.

وَهِيَ: بائِنٌ بتَّةٌ، بتلةٌ، حرَامٌ، خليَّةٌ، بَرِيَّةٌ، حبلُكِ على غَارِبِكِ، الحقي بأهلِكِ، وَهبتُكِ لأَهْلكِ، سرَّحتُكِ، فارقتُكِ، أَمرُكِ بِيَدِكِ، اخْتَارِي، ....

(ولا تصح نية الثنتين)؛ لما مر من أنه عدد محض في الحرة، فلا يتناوله الجنس، بخلاف الثلاث؛ فإنه واحد حكمي يتناوله اسم الجنس؛ فإذا لم تصح نيته.. وقعت واحدة.

(وهي)؛ أي ما سوى الثلاثة:

(بائن، بتة، بتلة، حرام) إطلاق لفظ الكناية على هذه الألفاظ بطريق المجاز؛ لأن هذه الألفاظ معانيها ظاهرة غير مستترة على أهل اللسان، لكنها شابهت الكناية من جهة الإبهام فيما تعمل هذه الألفاظ، مثلاً: إن البائن معلوم المعنى، إلا أن محل البينونة هي الوصلة، وهي متنوعة أنواعاً مختلفة؛ [٤١٠/ب] كوصلة النكاح، ووصلة القوم، وغيرها، فاستتر المراد لا في نفسه، بل: باعتبار إبهام المحل الذي يظهر أثر البينونة فيه؛ فاستعير لها لفظ الكناية؛ فاحتاجت إلى النية ليزول إبهام المحل، وتتعين البينونة عن وصلة النكاح، ويقع الطلاق البائن بموجب الكلام نفسه، من غير أن يجعل «أنت بائن» كناية عن «أنت طالق»، حتى يلزم كون الواقع به رجعياً هذا هو المشهور في إطلاق لفظ الكناية على هذه الألفاظ.

واعترض عليه: بأنهم إن أرادوا بكونها معلومة المعاني: أن معانيها اللغوية معلومة فمسلم، لكنه لا يلزم منه أن لا يكون كناية حقيقة؛ لأن المعنى المراد منها مستتر.. فيصدق عليها الكناية حقيقة؛ لأن الكناية عند الأصوليين: ما استتر المراد، وإن أرادوا أن المراد منها معلوم.. فممنوع؛ كيف ولا يتعين المراد منها إلا بالنية، أو دلالة الحال؛ لاستتاره؟ فالأولى أن يقال: هذه الألفاظ كناية حقيقة عن البينونة عن وصلة النكاح؛ لاستتارها لا عن صريح الطلاق؛ كما قاله الشافعي، فيكون الواقع بينونة لا رجعياً.

(خلية، برية، حبلك على غاربك، الحقي بأهلك، وهبتك لأهلك، سرحتك، فارقتك، أمرك بيدك، اختاري).

أَنْتِ حرَّةٌ، تقنَّعي، تخمَّري، استَتِري، اغرُبي، اخْرُجِي، اذهبي، قومِي، ابْتغِي الْأَزْوَاجَ.

قال في «النهاية»: الكنايات على نوعين:

كناية في إنشاء الطلاق؛ كقوله: «أنت بائن وحرام» ونحوهما.

وكناية في تفويض الطلاق؛ كقوله: «اختاري وأمرك بيدك»؛ فإنه لا يكون الأمر بيدها بهذين اللفظين، إلا عند نية الزوج الطلاق بهذا التخيير، ثم لا يقع الطلاق بهما، وإن كان في مذاكرة الطلاق، إلا بعد أن تقول المرأة: «طلقت نفسي»، فذكرهما من باب كناية الطلاق ههنا باعتبار احتمالهما معنى آخر سوى الطلاق؛ من اختيار الدخول والخروج والطبخ.

وقال في «الحاشية السعدية»: قوله: «أمرك بيدك».. كناية عن التفويض، فلا يناسب ذكره المقام، ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين، فزعم أنه يقع به الطلاق، وأفتى به وحرم حلالاً، نعوذ بالله تعالى. انتهى.

(**أنت حرة**)، أو حررتك، أو أعتقتك. ناوياً الطلاق، (**تقنعي، تخمري، استتري، اغربي، اخرجي، اذهبي، قومي ابتغي الأزواج**).

واعلم: أن وقوع البينونة بهذه الألفاظ كلها مذهبنا.

وقال الشافعي: يقع بها رجعي كالثلاثة الأول؛ لأنها كنايات عن الطلاق، وهو يعقب الرجعة كالصريح.

ولنا: أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية، وكل ما كان كذلك.. كان صحيحاً لا محالة؛ أما الأهلية والمحلية، فظاهر، وأما الولاية الشرعية: فلأن الحاجة إلى الطلاق البائن ماسة؛ كيلا ينسد عليه باب تدارك دفع المرأة عن نفسه، ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد، وليست هذه كنايات على التحقيق؛ لأنها عوامل في حقائقها، وإنما تصح نية الثلاث فيها؛ لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة، وعند انعدام النية ثبت [٤١١/أ] الأدنى.

فَلَو أنكرَ النِّيَّةَ. صُدِّقَ مُطلقًاً حَالَةَ الرِّضاءِ.

وَلَا يُصدَّقُ قَضاءً عِنْدَ مذاكرةِ الطَّلَاقِ فِيمَا يصلحُ للجوابِ دونَ الرَّدِّ، وَلَا عِنْدَ الْغَضَبِ فِيمَا يصلحُ للطَّلَاقِ دونَ الرَّدِّ والشَّتمِ.

وَيَصدَّقُ ديانَةً فِي الْكلِّ.

(فلو أنكر) النية - تفريع على لزوم النية في وقوع الطلاق بهذه الألفاظ - (..صدق) مع يمينه، وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية: إنما يصدق مع يمينه؛ لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره، والقول قول الإمامين مع اليمين (مطلقاً)، أي في الأقسام الثلاثة التي سيأتي ذكرها.

(حالة الرضا، ولا يصدق قضاءً عند مذاكرة الطلاق)، وهي أن تسأله المرأة طلاقها، أو يسأله أجنبي (فيما يصلح للجواب دون الرد) وهي ثمانية ألفاظ.

(ولا عند الغضب فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم) وهي ثلاثة ألفاظ.

(ويصدق ديانةً في الكل).

واعلم: أن القدوري سوى بين ألفاظ الكنايات المذكورة كلها في جواز وقوع الطلاق بها حال مذاكرة الطلاق بدون النية، وليس الأمر كذلك، بل: إنما يقع ببعضها؛ أعني ما لا يصلح رداً دون بعض آخر، ولذا فصلها المصنف على ما ترى.

وجملة الأمر في ذلك: أن الأحوال ثلاثة: حالة الرضا، وحالة مذاكرة الطلاق، وحالة الغضب.

والكنايات على ثلاثة أقسام:

منها ما يصلح جواباً وردا، لا سباً ولا شتماً، وهو سبعة ألفاظ: «اخرجي، اذهبي، اغربي، قومي، تقنعي، استتري، تخمري».

أما صلاحيتها للرد: فبأن يريد الزوج بقوله: «اخرجي»، اتركي سؤال الطلاق ، وكذلك «اذهبي واغربي وقومي».

وأما «تقنعي».. فمن القناعة، وقيل: من القناع؛ وهو الخمار، ومعنى الرد فيه:

هو أن ينوي اقنعي بما رزقك الله تعالى مني؛ من أمر المعيشة، واتركي سؤال الطلاق، أو اشتغلي بالتقنع الذي هو أهم لك من سؤال الطلاق.

وكذا قوله: «استتري وتخمري»؛ لأنها من الستر والخمار.

ومنها ما يصلح جواباً وشتماً لا رداً، وهو خمسة ألفاظ: «خلية، برية، بائن، بتة، حرام».

ومنها ما يصلح جواباً لا رداً، ولا شتماً، وهي ثلاثة: «اعتدي، أمرك بيدك، اختاري».

إذا عرفت هذا: **ففي حالة الرضا..** لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنية؛ لما مر أنها تحتمل الطلاق وغيره، فلا بد من النية لتعيين المراد، والقول قوله في إنكار النية مع يمينه.

وفي حالة مذاكرة الطلاق.. لم يصدق قضاء في إنكاره النية فيما يصلح جواباً لا رداً، أعني: الألفاظ الثمانية المذكورة في القسم الثاني والثالث؛ لأن الظاهر: أن مراده الطلاق عند سؤاله، والحاكم إنما يتبع الظاهر.

ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً، أعني: الألفاظ السبعة المذكورة في القسم الأول.

وفي حالة الغضب.. يصدق في جميع القسم الأول والثاني؛ لاحتمال الرد والشتم، ولا يصدق في القسم الثالث؛ لأن الغضب يدل على الطلاق، وعن أبي يوسف: أنه إذا قال في حالة الغضب: «لا ملك لي عليك»، و«لا سبيل لي عليك» و«خليت سبيلك» و«فارقتك»، وقال: «لم أنو الطلاق».. صدق؛ لما فيها من احتمال معنى السب.

وقيل: لفظة «الحقي بأهلك» من هذا القبيل عند أبي يوسف؛ لاحتمالها [٤١١/ب] السب أيضاً.

وفي «البزازية»: قوله: «أنت علي حرام» في غير حالة مذاكرة الطلاق إن نوى طلاقاً.. فبائن، وإن نوى ثلاثاً.. فثلاث، وثنتين لا تصح إلا في الأمة، وإن ظهاراً.. فظهار، وإن نوى اليمين أو لم ينو شيئاً.. فيمين؛ فإن نوى الكذب.. فكذلك؛ في ظاهر الرواية.

وكذا: «حرمتك علي»، أو لم يقل «علي»، أو «أنت محرمة علي»، أو «حرام علي»، أو لم يقل «علي»، أو «أنا عليك حرام»، أو «محرم» أو «حرمت نفسي عليك»، ويشترط قوله «عليك» في تحريم نفسه لا نفسها، حتى لو قال: «حرمت نفسي» ولم يقل «عليك» ونوى الطلاق.. لا يقع، وكذا في البينونة، بخلاف نفسها، هذا عند المتقدمين.

وقال الإسكاف وأبو بكر بن سعيد: إنه طلاق بلا نية. انتهى.

والمراد بقوله: «فيمين».. الإيلاء والتحريم؛ على ما صرح به في «الخلاصة»، وفي آخر باب الإيلاء من هذا الكتاب.

وقال في «المحيط»: قالت له: «أنت علي حرام»، أو «أنا عليك حرام».. فيمين، وإن لم تنو كما في جانبه، حتى لو مكنت الزوج.. لزمتها الكفارة، وفي «الفتاوي»: قال لها: «أنت علي حرام»، والحرام عنده طلاق.. وقع وإن لم ينو.

وذكر ظهير الدين المرغيناني: لا نقول لا تشترط النية، لكن يجعل ناوياً عرفاً، ولو قال: «كل حل علي حرام» أو: «هرجه مرا حلال أست برمن حرام» قال في «الفتوى»: لا بد من النية.

وفي «المحيط»: نوى أولا يمين.. فينصرف إلى الطعام والشراب لا المرأة إلا بالنية، ومشايخ بلخ: على أنه تدخل امرأته بلا نية.

وفي نوع آخر من «البزازية»: لو قال: «اذهبي إلى جهنم» ونوى الطلاق.. يقع.

وَلَـو قَـالَ: ثَـلَاثَ مَـرَّاتٍ: «اعْتَـدي» وَنـوى بِـالْأُولَى طَلَاقـاً، وبالبـاقي: حيضاً.. صُدِّقَ.

وَإِن لم ينوِ بِالْبَاقِي شَيْئاً.. وَقعَ الثلاثُ.

(ولو قال ثلاث مرات: «اعتدي» ونوى بالأولى طلاقاً وبالباقي حيضاً.. صدق) قضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، فيكون بيان تقرير، ولأنه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق، فكان الظاهر شاهداً له.

(وإن لم ينو بالباقي شيئاً.. وقع الثلاث)؛ لأنه لما نوى بالأولى الطلاق: صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة، فلا يصدق في نفي النية.

بخلاف ما لو قال: «لم أنو بالكل الطلاق»؛ حيث لا يقع شيء؛ لأنه لا ظاهر يكذبه.

وبخلاف ما إذا قال: «نويت بالثالثة الطلاق دون الأولين»؛ حيث لا يقع إلا واحدة؛ لأن الحال عند الأوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق.

ولو قال: «نويت بهن طلقة واحدة».. فهو كما قال ديانة؛ لأنه يحتمله، لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر، فلا يصدقه القاضي.. بل يقع الثلاث؛ كما إذا قال: «أنت طالق طالق طالق» وقال: «أردت به التكرار».. صدق ديانة لا قضاء؛ كذا في «الزيلعي».

واعلم: أن هذه المسألة تحتمل أربعة وعشرين وجهاً، كلها مبنية على الاقتضاء، وعلى حال مذاكرة الطلاق، وعلى أن النية تبطل مذاكرة الطلاق، وتلك الوجوه:

أنه نوى بالجميع طلاقاً.. وقعت ثلاثاً.

أو نوى بالأولى فقط.. وقعت ثلاثاً.

أو نوى بالجميع حيضاً.. وقعت واحدة.

أو لم ينو شيئاً.. لم يقع شيء.

أو نوى بالثانية [٤١٢/أ] طلاقاً لا غير.. وقعت ثنتان.

وَتطلقُ بلستِ لي بِامْرَأَةٍ، أَو لستُ لَكِ بِزَوْجٍ إِن نوى الطَّلَاق.

أو نوى بالثالثة طلاقاً لا غير.. وقعت واحدة.

أو نوى بالأولى حيضاً لا غير.. وقعت ثلاثاً.

أو نوى بالثانية حيضاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالثالثة حيضاً لا غير.. وقعت واحدة.

أو نوى بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأولى طلاقاً وبالثانية حيضاً لا غير.. فثنتان.

أو نوى بالثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً لا غير.. وقعت واحدة.

أو نوى بالأوليين طلاقاً لا غير.. وقعت ثلاث.

أو نوى بالأخريين طلاقاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأوليين حيضاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأخريين حيضاً لا غير.. وقعت واحدة.

أو نوى بالأولى والثالثة طلاقاً لا غير.. وقعت ثلاثاً.

أو نوى بالأولى والثالثة حيضاً لا غير.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأولى والثانية طلاقاً وبالثالثة حيضاً.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأولى والثالثة طلاقاً وبالثانية حيضاً.. فثنتان.

أو نوى بالثانية والثالثة طلاقاً وبالأولى حيضاً.. وقعت ثلاث.

أو نوى بالأولى والثانية حيضاً وبالثالثة طلاقاً.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالأولى والثالثة حيضاً وبالثالثة طلاقاً.. وقعت ثنتان.

أو نوى بالثانية والثالثة حيضاً وبالأولى طلاقاً.. وقعت واحدة.

(**وتطلق بلست لي بامرأة أو لست لك بزوج إن نوى الطلاق**) عند أبي حنيفة.

وقالا: لا تطلق؛ لأنه نفى النكاح.. فلا يكون طلاقاً، بل يكون كذباً، فصار كما لو قال: «لم أتزوجك» ونوى به الطلاق.

وله: أن هذه الألفاظ تصلح إنكاراً للنكاح وتصلح إنشاء للطلاق، ألا ترى أنه يجوز أن يقول: «لست لي بامرأة لأني طلقتك»؛ فإذا نوى الطلاق.. صحت نيته؛ لأنه من محتملات كلامه.

وفي «الخلاصة»: إنه إذا قال: «لم يكن بيننا نكاح» أو قال لها: «لم أتزوجك».. فلا يقع الطلاق وإن نوى.

ولو قال: «لا نكاح بيني وبينك».. يقع الطلاق إن نوى.

ولو قال لها: «لست لي بامرأة» عندهما.. لا يقع وإن نوى، وعند أبي حنيفة.. يقع إذا نوى.

وفي «الأجناس»: أجمعوا أنه لو قال لها: «لا نكاح بيني وبينك»، و«لا سبيل لي عليك».. يقع إذا نوى.

وفي «المحيط»: لو قال: «لم يبق بيني وبينك شيء» ونوى الطلاق.. لا يقع.

ولو قال: «لست لي بامرأة» ولم يواجهها.. لا يقع وإن نوى عند أبي حنيفة.

ولو قال: «صرت غير امرأتي» في رضاء أو سخط أو قال: «فسخت النكاح».. تطلق إذا نوى.

ولو قال: «ما لي امرأة».. لا يقع وإن نوى.

ولو قال: «والله لست لي بامرأة».. لا يقع وإن نوى.

ولو قالت له: «لست لي بزوج» فقال الزوج: «صدقت» فهذا.. كقول الزوج «لست لي بامرأة» على السواء.

ولو قال لامرأته: «أنت لي مثل فلانة» لزوجة، وفلانة مطلقة من زوجها، ونوى به الطلاق، فهل يقع به الطلاق أم لا يقع؟ فذكر مولانا عصام الدين في آخر شرح

والصَّرِيحُ يلْحقُ الصَّرِيحَ، والبائنُ ....

حديث أم زرع [٤١٢/ب] من «شرح شمائل الترمذي»: أن تشبيه زوجته بالمرأة المطلقة: من كنايات الطلاق.. فيقع به الطلاق إن نوى الطلاق ولم يكن التشبيه مقيداً بالنفع، بل كان مطلقاً.

ولو قال لزوجته حالة الغضب: «كن ابنتي بعد اليوم»، أو قال: «كن أمي أو أختي».. يقع به الطلاق بائناً إن نوى الحرمة؛ مثل حرمة ابنته وأمه وأخته؛ على ما أفتى به مشايخ الإسلام.

(**والصريح يلحق الصريح**) فلو قال لها: «أنت طالق»، ثم قال لها: «أنت طالق».. يقع الطلاق بالثانية أيضاً، والمراد بالصريح هنا: ما وقع به الرجعيّ مطلقاً، فيشمل الكنايات التي يقع بها الرجعي؛ مثل «اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة»؛ في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أنه.. لا يقع بها كونها كناية.

والأصح: جواب ظاهر الرواية؛ لأن الواقع بها رجعي، فكانت في معنى الصريح؛ كذا في «البحر».

(**والبائنَ**) بالنصب: عطفٌ على معمول يلحق، فلو قال لها ناوياً الطلاق: «أنت بائن»، أو خالعها، أو طلقها على مال، ثم قال في العدة: «أنت طالق»؛ أو قال لها: «اعتدي واستبري رحمك».. طلقت بالثانية أيضاً ما دامت في العدة.

واعلم: **أن الفرقة التي كانت عن طلاق بائن**؛ سواء كانت بطريق، أو بالطلاق على مال، أو بقوله: «أنت بائن مني».. يلحقها الصريح، حتى لو وقعت البينونة لا عن طلاق.. لا يلحقها الصريح؛ كما لو وقعت الفرقة بينهما بخيار البلوغ أو بخيار العتق بعد الدخول، ووجب عليها العدة؛ فلو طلقها الزوج في هذه العدة.. لا يقع؛ على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية».

والأصل فيه: ما ذكر في «المحيط»: أن المعتدة بعدة الطلاق.. يلحقها الطلاق، والمعتدة بعدة الوطء.. لا يلحقها الطلاق.

وكذا لو اشترت المرأة زوجها أو بالعكس، أو ملك أحدهما الآخر؛ بالشراء أو الإرث، ثم أعتقته، ثم طلقها والعدة باقية.. فعن أبي يوسف فيه روايتان، في رواية: يقع، وفي أخرى: لا يقع، وهو قول محمد وزفر؛ على ما في «القنية».

وأما الفرقة التي كانت عن ردة الزوج، فهل يلحقها الصريح؟

ففي فصل أحكام المرتد من «فتح القدير» عند قول صاحب «الهداية»: «وما باعه المرتد أو شراه»: أن الفرقة بالردة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة؛ نقله عن «المحيط»، ثم هذا مذهبنا.

وقال الشافعي: الصريح لا يقع بعد الخلع والطلاق على مال؛ لأن الطلاق شرع لإزالة النكاح وقد زال بينهما، فصار كما إذا طلقها بعد العدة.

لنا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، ثم قال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾؛ فإن الفاء خاص في التعقيب؛ على ما في الأصول، فيكون نصاً على جواز وقوع الطلاق بعد الخلع؛ لأن المراد بافتداء المرأة هو الخلع؛ فإنها نزلت في زوجة ثابت وقد خالعها ثابت بحضرة الرسول عليه الصلاة والسلام برَدِّ حديقةٍ أخذها منها، فقول الخصم من قبيل ترك العمل بالنص.

وعن الخدري عن النبي عليه الصلاة والسلام: «المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت [٤١٣/أ] في العدة»؛ على ما فصلناه في حاشيتنا على «المرآة».

إذا عرفت هذا.. فاعلم: أن المراد بالصريح اللاحق بالبائن: هو ما يكون بائناً، لا ما يكون أعم من البائن والرجعيّ؛ لما ذكره في «الخلاصة» عزوا إلى «الزيادات»:

أن الطلاق الذي يلحق البائن.. لا يكون رجعياً، والصريح.. يلحق البائن إن لم يكن رجعياً. انتهى.

وعلله في «فتح القدير» و«البحر»: بأن البينونة السابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بإبانة، فلو أبانها ثم قال لها: «أنت طالق بائن».. يلغو ذكر بائن؛ لعدم تصور الرجعة بعد البينونة فكان ذكره وتركه سواء.

ثم ذكر في «فتح القدير»: أن رجلاً أبان امرأته، ثم طلقها ثلاثاً في العدة.. وقعت الثلاث؛ بناء على أن الصريح وإن كان بائناً.. يلحق البائن.

وقال في «الخلاصة» في الجنس السادس: طلق امرأته على مال بعد الخلع في العدة.. وقع الطلاق ولم يجب المال؛ أما وقوع الطلاق؛ فلأنه صريح وإن كان بائناً، فيلحق بالبائن. انتهى.

فعلم منه: أن المراد بالبائن في قولهم: «البائن لا يلحق البائن» هو: ما كان بلفظ الكناية؛ على ما صرح به في «فتح القدير» في موضع آخر، وسنذكره.

فتلخص من هذا: أن البائن من الصريح.. يلحق البائن.

وأن الرجعي من الصريح.. لا يلحق البائن.

والبائن من الكناية.. لا يلحق البائن أيضاً.. فهل الرجعي من الكناية - أعني الألفاظ الثلاثة المذكورة «اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة» - يلحق البائن أم لا؟

ففي «البزازية»: قيل: الكنايات لا يلحق المختلعة لو بائناً؛ أما التي تقع بها الرجعية.. فتلحقها.

وقال في «شرح منظومة ابن الوهبان» عزوا إلى «شرح المسعودي»: والمختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة.

والكناية أيضاً يلحقها إذا كانت في حكم الصريح نحو: «اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة».

ثم نقل عن «تجريد أبي الفضل الكرماني»: أن لفظ الكنايات التي تقتضي البينونة.. لا تقع على المبانة.

وما هو في حكم الصريح منها.. يلحقها، فذكر الألفاظ الثلاثة.. فعلم منه: أن الرجعي من الكناية يلحق البائن.

وأما ما في «الظهيرية»: من أنه لو قال لها: «أنت بائن» ناوياً الطلاق، ثم قال لها في العدة «اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة» ناوياً الطلاق.. لا يقع. انتهى.. فهو محمول على ما روي عن أبي يوسف: من أن الكنايات مطلقاً لا تلحق البائن؛ على ما صرح به في «البحر».

بقي الكلام في الفرق بين الرجعي من الصريح، وبين الرجعي من الكنايات.. لا يلحق الأول البائن، ويلحقه الثاني، مع أن التعليل الذي ذكرناه عن «فتح القدير» يأبى عن هذا الفرق.

وأما الفرق بين البائن من الصريح، والبائن من الكناية، حيث يلحق الأول البائن دون الثاني: فهو - على ما تقتضيه تعليلاتهم في بيان عدم لحوق البائن البائن -: أن ما تعذر حمله على الإخبار.. يكون [٤١٣/ب] إنشاء في الطلاق، فيلحق بما قبله، وما أمكن حمله على الإخبار.. يكون إخباراً لا إنشاء في الطلاق، فلا يلحق بما قبله.

فالبائن الذي يكون بصريح الطلاق.. يكون ظاهراً في الإنشاء، فيصح إلحاقه البائن.

فلو قال للمختلعة في العدة: «أنت طالق».. يقع ويصير هو بائناً باللحاق.

وأما البائن الذي يكون بلفظ الكناية.. فليس بظاهر في الإنشاء في الطلاق، فلا يصح إلحاقه بالبائن.

يلْحقُ الصَّرِيحَ ....

وكذا لو قال بعد الخلع: «أنت بائن».. لا يقع الطلاق؛ لإمكان جعله صادقاً في هذا الإخبار، فلا حاجة إلى جعله إنشاء؛ لأنه اقتضاء ضرورة لا يصار إليه إلا عند الضرورة.

والبائن (**يلحق الصريح**)؛ لأن قيد النكاح باق ما دامت في العدة.

فلو قال لها: «أنت طالق»، ثم قال لها في العدة: «أنت بائن» أو خالعها.. وقعت الثانية أيضاً ما دامت في العدة ويجب المال.

والمراد بالبائن ههنا: أعم من أن يكون بلفظ البائن، أو بالطلاق على مال، أو بالخلع؛ كما فيما سبق.

وأما المراد بالصريح: ففي «البحر» قال: إذا خالعها، أو طلقها على مال بعد الطلاق الرجعي.. يصح ويجب المال.

وقال في «الخلاصة»: لو طلقها على مال، أو خلعها بعد الطلاق الرجعي.. يصح، فالظاهر من كلامهما: ما يكون رجعياً.

ثم قال في «البحر»: وهذا يشكل بما في «القنية» بعلامة شمس الأئمة الأوزجندي؛ حيث قال: طلقها على ألف فقبلت، ثم قال في عدتها: «أنت بائن».. لا يقع. انتهى.

وجه الإشكال: أن الطلاق على مال: صريح؛ على ما صرحوا به، والخلع بائن، مع أنه لم يلحق بالصريح، فانتقضت القاعدة المذكورة.

قلت: لا إشكال فيه؛ لأن المراد بالبائن الذي يصح لحوقه بالبائن: ما يصح أن يكون إنشاء؛ على ما سيظهر لك عن قريب.

وقوله: «أنت بائن».. لا يصح إنشاء مجمل على الإخبار.. فلا يصح لحوقه، على أن بعد تخصيص الصريح بالرجعي يندفع النقض أيضاً؛ لأن الطلاق على مال.. صريح بائن.

لَا البائِنَ، ....

وفيه إشارة إلى أنه: لو طلقها رجعياً، ثم جعله قبل الرجعة بائناً بأن قال: «جعلت ذلك الطلاق بائناً».. صار بائناً، وهذا عندهما.

وقال محمد: لا يصير بائناً؛ لأنه قصد تغيير المشروع.

لهما: أنه يملك الطلاق البائن ابتداء، فكذا يملكه إلحاقاً.

وإلى أنه: لو طلقها واحدة، ثم جعلها ثلاثاً.. تصير ثلاثاً، وهذا عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

(لا البائن)؛ أي: لا يلحق البائنُ البائنَ، والأصل ههنا: أنه أمكنه جعل الثاني خبراً عن الأول، وهو صادق فيه، فلا حاجة إلى جعله إنشاء؛ لأنه اقتضاء ضروري، وقد اندفعت الضرورة بجعله خبراً عن الأول، حتى لو لم يكن خبراً عن الأول بأن قال: «عنيت بالثانية الحرمة الغليظة»؛ ينبغي أن يعتبر وتثبت بها الحرمة الغليظة؛ لأنها ليست بثابتة في المحل، فلا يمكن جعله إخباراً، فيجعل إنشاء ضرورة؛ على ما في «الزيلعي».

وقيل: لا يعتبر؛ لأن التغليظ صفة البينونة؛ فإذا لم تعتبر نيته بأصل البينونة بالثانية؛ لكونها حاصلة بالأولى.. فصفتها أولى بعدم الاعتبار.

والجملة ههنا: [١٤١٤/أ] أن الطلاق السابق واللاحق، لا يخلو عن أربعة أحوال:

إما أن يكونا صريحين.

أو يكون الأول صريحاً والثاني بائناً.

أو يكون عكس هذا، وقد سبق بيان هذه الأقسام الثلاثة.

أو يكونا بائنين، وفي هذا: لا يصح إلحاق الثاني بالأول؛ على ما أصلناه آنفاً، والذي يقتضيه هذا الأصل: أنه إذا تعذر حمل الثاني على الإخبار.. يكون إنشاء، فيصح إلحاقه بالأول، وإذا أمكن حمله على الإخبار.. لا يكون إنشاء، فلا يصح إلحاقه، ومن هنا قال في «البزازية»: إنه قال للمبانة: «أنت طالق بائن».. تقع أخرى،

ولو قال لها: «أنت بائن».. لا تقع؛ لأنه إخبار، بخلاف الأول، ولو قال لها: «أبنتك بتطليقة».. لا تقع؛ لأنه يصلح إخباراً، ولو قال لها: «أبنتك بأخرى».. يقع؛ لأنه لا يصلح إخباراً. انتهى.

وقال في «القنية» راقماً لشمس الأئمة الأوزجندي «طلقها على ألف فقبلت»، ثم قال في عدتها: «أنت بائن».. لا يقع، ثم رقم للمنتقى، وقال: لو قال: «أنت بائن»، ثم قال في عدتها: «أنت بائن بتطليقة أخرى».. يقع، ثم رقم للمحيط، وقال لمبانة: «أبنتك بتطليقة».. لا تقع أخرى. انتهى.

والوجه فيه: ما عرفت مما ذكرناه من «البزازية» ومما قبله.

وقال في «فتح القدير»: قد عرف من استدلالهم الذي أطبقوا عليه: أن المراد من البائن الذي لا يلحق البائن.. ما هو بلفظ الكناية؛ لأنه هو الذي ليس ظاهراً في الإنشاء في الطلاق؛ لأنهم جعلوه مقابل الصريح، ولا يقابله البائن، إلا إذا كان كناية؛ لأن الصريح أعم من البائن؛ لأنه ما لا يحتاج إلى نية، بائناً كان الواقع به أو رجعياً، والكناية: ما يحتاج إليها، غير أنه لا يقع بها - في غير «اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة» - إلا بائن، انتهى.

وهكذا صرح به في «البحر».

ومن هنا قال في «الخلاصة» في الجنس السادس: لو قال لها بعد البينونة: «خلعتك» ينوي الطلاق.. لا يقع شيء. انتهى.

لأن «خلعتك» ليس ظاهراً في الإنشاء، فلا يلحق، وهذا في البائن الثاني، وأما المراد بالبائن الأول ههنا: فالذي ظهر من «الخلاصة»: أنه أعم مما هو بلفظ الكناية، ومما هو بلفظ الصريح؛ حيث قال في الجنس السادس قبيل هذا القول: ولو طلقها بمال، ثم خلعها في العدة.. لا يصح. انتهى.

لأن الطلاق بمال.. صريح بائن.

إِلاَّ إِذا كَانَ مُعَلّقاً بِالشّرطِ.

ويدل على ما ذكرناه أيضاً: ما نقلناه آنفاً من شمس الأئمة الأوزجندي.

(**إلا إذا كان معلقاً بالشرط**) بأن قال لها: «إذا دخلت الدار.. فأنت بائن» ناوياً الطلاق، ثم أبانها منجزاً بأن قال: «أنت بائن» في العدة، ثم وجد الشرط في العدة؛ فإنه يقع عليها الطلاق المعلق بالشرط المذكور؛ لأنه لا يمكن جعله خبراً؛ لصحة التعليق قبله، فيحمل على الإنشاء، وعند وجود الشرط هي محل للطلاق؛ لكونها في العدة.. فيلحق بالأول؛ لأن المعلق بالشرط: كالمنجز عند وجود الشرط، فكأنه قال في العدة: «أنت طالق بائن».

قال في «البحر»: [٤١٤/ب] والمراد بالمعلق بالشرط ههنا: ما يكون معلقاً قبل المنجز؛ لأنه لو علق البائن بعد البائن المنجز بأن قال: «أنت بائن» ناوياً الطلاق، ثم قال: «إن دخلت الدار فأنت بائن» ناوياً الطلاق.. لم يصح التعليق اعتباراً بالتنجيز، نقله عن «البدائع».

وقد قال من قبل عزواً إلى «البدائع» أيضاً: الصريح يلحق الصريحَ والبائنَ منجزاً ومعلقاً إذا وجد شرطه في العدة، فلما يقع في العدة منجزاً.. يقع إذا وجد شرطه.

أيضاً فيها: وأما إذا علقه في العدة.. فإنه يصح في جميع الصور، إلا إذا كان الطلاق بائناً، ثم علق البائن في العدة.. فإنه غيرصحيح اعتباراً بتنجيزه. انتهى.

والمضاف: كالمعلق بشرط، حتى لو قال لها: «أنت بائن غداً» ناوياً الطلاق، ثم أبانها، ثم جاء الغد.. وقعت أخرى، ولو قال لها: «إن دخلت الدار فأنت بائن» ناوياً الطلاق، ثم قال لها: «إن كلمت زيداً فأنت بائن»، ثم دخلت الدار ووقعت الطلقة، ثم كلمت زيداً.. فإنه يقع أخرى، كذا في «البحر» عزواً إلى «الذخيرة».

* * *

(بَابُ التَّفْوِيضِ)

وَإِذا قَالَ لَهَا: «اخْتَارِي» يَنْوِي الطَّلَاقَ فَاخْتَارَتْ نَفسَهَا فِي مجلسِها الَّذِي عَلِمَت بِهِ فِيهِ.. بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ.

(بَابُ التَّفْوِيضِ)

وهو ثلاثة أصناف:

التفويض بلفظ التنجيز.

وبلفظ الأمر باليد.

وبلفظ المشيئة.

فقدم الأول؛ لثبوته بالإجماع **(وإذا قال لها: «اختاري» ينوي تفويض الطلاق)** هذا إشارة إلى أن النية شرط فيها؛ بناء على أن الأحوال شروط، وهذا؛ لأن اللفظ من الكنايات؛ على ما تقدم، فلا بد من النية؛ لأنه يحتمل أنه خيرها في النفقة والكسوة والسكنى أو في نفسها، فلا يتعين إلا بالنية عند التفويض، حتى يقع الطلاق بعد اختيار المرأة نفسها، إلا أن دلالة الحال من مذاكرة الطلاق والغضب: قائمة مقام النية قضاء لا ديانة.

والقول قوله مع يمينه في عدم النية والدلالة، وتقبل بينتها على إثبات المذاكرة والغضب لا على النية، إلا إذا أقيمت على إقراره بها، كذا في «البحر».

وهل له الرجوع بعد التفويض؟

ففي «فتح القدير»: لا يقدر على الرجوع؛ لأنه تمليك يتم بالمملك وحده بلا حاجة إلى القبول.

(فاختارت نفسها في مجلسها الذي علمت به) التفويض **(فيه.. بانت بواحدة)**.

والقياس: أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق؛ لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ، حتى لو قال: «اخترتك من نفسي، أو اخترت نفسي منك».. لا يقع شيء، ومن لا يملك شيئاً.. لا يملك تمليكه لغيره، لكنهم تركوا القياس

وَلَا تصحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ.

بالاستحسان؛ لإجماع الصحابة: على أن الرجل إذا خير امرأته.. كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، ولأنه سبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها.. فيملك إقامتها مقام نفسه في هذا الحكم، وإنما اقتصر على المجلس؛ لما قدمناه من الصحابة: من أنه كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك، ولأنه تمليك لها، والتمليكات: تقتضي جواباً في المجلس؛ كما في البيع؛ لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة ما لم يتبدل بالقيام منه، أو الشروع في عمل آخر؛ على ما سيأتي.

فإن قيل: كيف [٤١٥/أ] يكون التخيير تمليكاً مع بقاء ملكه، حتى أن الزوج يملك الطلاق في ذلك المجلس، والشيء يستحيل أن يملكه شخصان، كل واحد منهما كله؟

قلنا: إنه تمليك الإيقاع لا تمليك العين، فلا يستحيل، وإنما كان ذلك تمليكاً لا توكيلاً؛ لأن التوكيل يقتضي أن يكون الوكيل عاملاً لغيره، والمرأة بعد التخيير إنما تعمل لنفسها، على ما هو مقتضى التمليك، لكن الظاهر من قولهم المتقدم: من أنه يملك إقامتها مقام نفسه في هذا الحكم.. أن يكون هذا توكيلاً، وإنما وقعت بائنة؛ لأن اختيارها نفسها: بثبوت اختصاصها بها، وذلك بالبائن لا بالرجعي.

(**ولا تصح نية الثلاث**) من الزوج؛ لأن الاختيار ينبئ عن الخلوص، وهو غير متنوع، بخلاف البينونة؛ لأنه متنوع إلى غليظة وخفيفة، فأيهما نوى.. صح.

وبخلاف الأمر باليد؛ لأنه ينبئ عن التمليك وضعاً بصفة العموم؛ فإذا نوى الثلاث.. فقد نوى تمليك جميع ما يملك، وهو محتمل لفظه، فيصح؛ على ما سيصرح به.

وأما التخيير.. فليس بتمليك وضعاً، وإنما جعل؛ لإجماع الصحابة.

وَإِن قَامَت مِنْهُ، أَو أَخَذَت فِي عملٍ آخرَ.. بَطلَ.

(وإن قامت) المرأة أو أقامها زوجها؛ لما في «الخلاصة»: رجل خير امرأته، فقَبْل أن تختار نفسها أخذ الزوج بيدها فأقامها أو جامعها طوعاً أو كرهاً.. خرج الأمر من يدها.

(منه)؛ أي في المجلس، وهذا شروع في بيان ما به يتبدل المجلس.

(أو أخذت في عمل آخر.. بطل) الخيار؛ والمراد بالعمل ههنا: ما يدل على الإعراض لا مطلقاً، ولهذا قال في «الخلاصة»: إنه لو قال لامرأته: «ثلاث طلقاتك بيدك»، فقالت: لم لا تطلقني بلسانك؟ ثم قالت: «طلقت نفسي».. تطلق.

وكذا لو قال لها: «أمرك بيدك وأمر هذه أيضاً - لامرأة له أخرى - بيدك»، فقالت: «طلقت فلانة»، ثم قالت: «طلقت نفسي».. جاز.

وبهذا: لا يتبدل المجلس، وكذا لو قالت: «لله علي عتق نسمة، وهدي بدنة، وحجة، والحمد لله رب العالمين شكراً لما فعلت إلي، وقد طلقت نفسي».. جاز، وبما قالت لا يتبدل المجلس، ولو لم تقل هكذا، ولكنها قالت: «ما تصنع بالولد؟»، ثم طلقت نفسها.. لا يبطل الخيار بهذا القول أيضاً.

ولو قالت: «أعطني كذا إن طلقتني»، فقال الزوج «لا أدري ما هذا؟» فقالت: «إن جعلت أمري بيدي فقد طلقت نفسي».. لا تطلق؛ لبطلان الأمر باليد.

وفي «المحيط»: إن قامت.. بطل الأمر.

وإن اضطجعت، قال بعضهم: لا يبطل الأمر، وقال بعضهم: إن هيئت الوسادة؛ كما يفعل للنوم.. يبطل.

ولو كانت راكبة فأجابت، ثم سارت، أو لما سمعت التفويض أجابت وأسرعت حتى سبق جوابها خطوتها.. بانت منه، وإن سبقت خطوتها جوابها.. لم تبن منه.

ولو ذهبت بنفسها لطلب الشهود، ولم تجد أحداً.. قال بعضهم: يبطل، وقال بعضهم: لا يبطل.

وإن ابتدأت الصلاة يبطل، ولو كانت في صلاة الفريضة.. لا يبطل بإتمامها.

ولو كانت في النفل؛ إن قامت إلى الشفع الثاني.. يبطل.

وإن سلمت على رأس الشفع.. لا يبطل.

والأربعُ قبل الظهر والوترُ: بمنزلة الفريضة.

والأكل [٤١٥/ب] يبطل، وإن قل.

وقال القدوري: إن قل.. لا يبطل.

والشرب لا يبطل أصلاً.

ولو امتشطت، أو اغتسلت، أو مكنت زوجها.. يبطل.

أو قرأت، أو سَبَّحَت قليلاً.. لا يبطل.

وإن طال.. يبطل، كذا في «البزازية».

وسيأتي في الكتاب بعض ما يتعلق به.

والأصل في الكل: تبدل المجلس وعدم تبدله.

ثم اعلم: أن هذا في التخيير المطلق، وأما لو كان مؤقتاً.. فالحكم فيه ما ذكره في «الخلاصة» و«البزازية» في الأمر باليد، من أن الأمر باليد لا يخلو: إما أن يجعل في يدها، أو في يد فلان مرسلاً، أو معلقاً بالشرط، أو مؤقتاً.

فإن كان مؤقتاً.. كان الأمر بيدها ويد فلان ما دام الوقت باقياً؛ علمت هي أو فلان أو لم يعلم، ويزول بمضي المدة عَلِما أو لم يعلما؛ لأن الأمر يحتمل التوقيت، بخلاف الطلاق؛ على ما ذكرناه فيما سبق، فلو قال: «أمرك بيدك إلى عشرة أيام» صار الأمر بيدها، ويزول بعد مضي عشرة، ولو نوى الأمر بيدها بعد العشرة.. لا يصدق قضاء، والقبول ليس بشرط، لكن لو رد المفوض إليه.. يجب أن يرتد، وإن كان مطلقاً فالأمر.. يصير بيدها في مجلس العلم.

وَلَا بدّ من ذِكرِ النَّفسِ أَوِ الاختيارةِ فِي أَحدِ كلاميهما.

وإيقاع الطلاق: قبول منها، ويرتد بالرد.

وقيل: لا يرتد بالرد؛ لأنه تمليك شيء لازم.. فيلزم.

وقال الإمام البزازي: والتوفيق بينهما: أنه يرتد بالرد عند التفويض، وأما بعده.. فلا يرتد بالرد. انتهى.

وإن كان معلقاً بالشرط.. يصير الأمر بيدها إذا وجد الشرط.

وفي مجلس العلم.. يملك الإيقاع، ويرتد بالرد.

ولو أوقع المفوض إليه الطلاق قبل العلم، ثم علم التفويض.. هل يقع الطلاق؟

قالوا: لا يقع؛ كالوكيل لا يصير وكيلاً قبل العلم بالوكالة، حتى لو تصرف.. لا يصح تصرفه.

(**ولا بد من ذكر النفس أو الاختيارة**) أو التطليقة (**في أحد كلاميهما**) أي كلامي الزوجين، حتى لو قال لها: «اختاري»، فقالت: «اخترت».. فهو لغو لم يقع به شيء؛ لأن كونه طلاقاً: عرف على خلاف القياس؛ بإجماع الصحابة، وقد ورد ذلك في المفسرة في أحد الجانبين فيقتصر عليه، وهذا؛ لأن انضمام المبهم إلى المبهم لا يفيد التعيين، فلا بد من التفسير في أحد الجانبين، وإن كان التفسير في الجانبين.. فبطريق الأولى.

ولا بد أن يكون ذكر النفس متصلاً، وإن كان منفصلاً؛ فإن كان في المجلس.. صح؛ بناء على أن بيان التفسير يجوز موصولاً ومفصولاً، وإلا.. فلا يصح؛ لوجود ما يدل على الإعراض، فلو قال: «اختاري نفسك» فقالت: «اخترت».. تقع واحدة بائنة؛ لأن كلامه مفسر ذكر النفس، وكلامها خرج جواباً له.. فيتضمن إعادته.

وقوله: «اختاري اختيارة» كقوله: «اختاري نفسك، في التفسير»؛ لأن تاءها تنبيء عن الاتحاد؛ لأنها للمرة، والاتحاد إنما يكون في اختيارها نفسها دون اختيار زوجها.

لأن اختيارها نفسها يتحد مرة؛ بأن قال لها: «اختاري نفسك بتطليقة»، فقالت: «اخترت».. فإنه يقع به واحدة.

ويتعدد أخرى، بأن قال لها: «اختاري نفسك بما شئت» [٤١٦/أ] أو بثلاث، أو قال: «اختاري اختاري» فقالت: «اخترت».. فإنه يقع الثلاث فلما قيد بالواحدة.. ظهر أنه أراد تخييرها في الطلاق؛ لأن الاتحاد والتعدد من لوازم الطلاق، فصار مفسراً من جانبه، بخلاف اختيارها زوجها؛ فإنه لا يتعدد؛ لكونه: عبارة عن إبقاء النكاح، وهو غير متعدد.

وكذا ذكر التطليقة: يقوم مقام ذكر النفس.

وكذا الحال في قولها: «اخترت اختيارة» بعد قول الزوج «اختاري».

وكذا لو قالت: «اختار أبي، أو أمي، أو أهلي، أو الأزواج»، بعد قوله: «اختاري»؛ يعني عن ذكر النفس.

بخلاف قولها: «اخترت أخي، أو عمي، أو قومي، أو ذا رحم محرم».. فإنه لا يقع به، كذا في «الزيلعي» مقتصراً على أخي أو عمي.

وقال في «فتح القدير»: وينبغي أن يحمل هذا على ما إذا كان لها أب أو أم؛ أما إذا لم يكن لها أب أو أم، ولها أخ، فقالت: «اخترت أخي».. فإنه ينبغي أن يقع به؛ لأنها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين.

ثم قال: ولو قال: «اختاري» فقالت: «اخترت نفسي لا بل زوجي».. يقع.

ولو قدمت: «زوجي».. لا يقع؛ لخروج الأمر من يدها.

ولو قالت: «اخترت نفسي أو زوجي».. لم يقع.

ولو عطفت بالواو.. فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده.

ولو خيرها، ثم جعل لها شيئاً على أن تختاره فاختارته.. لا يقع، ولا يجب المال؛ لأنه رشوة؛ إذ هو: اعتياض عن ترك حق تملك نفسها.

وَإِن قَالَ لَهَا: «اخْتَارِي» فَقَالَت: «أَنا أَخْتَارُ نَفسِي، أَو اخْتَرْتُ نَفسِي».. تطلق.

وَإِن قَالَ لَهَا ثَلَاث مَرَّات: «اختاري» فَقَالَت: «اخْتَرْتُ الأُولى، أَو الْوُسْطَى، أَو الْأَخِيرَة».. يَقعُ الثَّلَاثُ بِلَا نِيَّةٍ، وَعِنْدَهُمَا: وَاحِدَةٌ بائنةٌ.

(**وإن قال لها: «اختاري»**)؛ أي ناوياً به الطلاق؛ إذ لا بد له من النية على ما سبق (**فقالت: «أنا أختار نفسي»**) والقياس.. لا تطلق بها؛ لأنها مجرد وعد؛ إن أرادت بها الاستقبال، أو يحتمله إن لم ترد الاستقبال؛ فصار كما إذا قال لها: «طلقي نفسك» فقالت: «أنا أطلق نفسي».

وجه الاستحسان: حديث عائشة في «صحيح مسلم»: أنها قالت: «لا، بل اختار الله ورسوله» واعتبره النبي عليه الصلاة والسلام جواباً منها، مع أنه على صيغة المضارع، ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال تجوز في الاستقبال على المشهور، والحقيقة: يمكن أن تراد كما في كلمة الشهادة وأداء الشهادة بصيغة أشهد، بخلاف قولها: «أنا أطلق نفسي»؛ لأن الحمل على الحقيقة متعذر؛ إذ ليس ثمة حالة قائمة بالتكلم يقع قوله: «أطلق نفسي» حكاية عنه؛ لأنه إنما يقوم باللسان في زمان واحد، وهذا محال، ولا كذلك: «أختار نفسي»؛ لأنه حكاية عن حالة قائمة بها، وهي: اختيارها نفسها؛ لأن الاختيار من عمل القلب، فيكون الذكر باللسان: حكاية عن أمر قائم لا محالة.

(**أو: «اخترت نفسي».. تطلق**) إذا نوى الزوج؛ لأن كلامها مفسر، وما نواه الزوج من محتملات كلامه.

(**وإن قال لها ثلاث مرات: «اختاري»، فقالت: «أختار الأولى أو الوسطى أو الأخيرة».. يقع الثلاث بلا نية**) الزوج، ولا ذكر النفس؛ على ما سنبينه، وهذا عند ابي حنيفة.

(**وعندهما: واحدة بائنة**).

لهما: أن الأولى والوسطى والأخيرة: كل منها اسم لفرد مرتب، وليس المحل محل ترتيب.. فيلغو الترتيب ويبقى الإفراد، وكأنها قالت: «اخترت التطليقة الأولى» [٤١٦/ب]، وفي ذلك.. يقع واحدة، فكذا ههنا.

ولأبي حنيفة: أن هذا وصف لغو؛ لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه؛ كالمجتمع في المكان؛ فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان: لا يقال هذا أول، وهذا آخر، وإنما الترتيب في فعل الأعيان، يقال: «هذا جاء أولاً، وهذا جاء آخراً»، وكل ما لا ترتيب فيه: ذكر ما يدل على الترتيب؛ [يلغو، وهو الأولى وأختاها] أعني الوسطى والأخرى، وإذا لغا من حيث الترتيب.. يلغو من حيث الإفراد أيضاً؛ لأن الترتيب: أصل، والإفراد من ضروراته، وإذا لغا في حق الأصل.. لغا في حق البناء أيضاً، وإذا لغا في حقها.. بقي قولها: «اخترت»، وهو يصلح جواباً للكل.. فيقع الثلاث.

فإن قيل: إن «الأولى» اسم لفرد سابق، فكان الإفراد أصلاً والترتيب بناء عليه؛ لكونه يفهم من وصفه.

قلنا: إن كلاً من ذلك صفة، والصفة: ما دل على ذات باعتبار معنى هو المقصود، فيكون «الأولى» دالاً على الفرد السابق، ومعنى السبق هو المقصود.. فصح أن الترتيب أصل والإفراد من ضروراته؛ لأن الصفة: لا تقوم إلا بالذات التي لزمتها الفردية في الوجود.

هذا: وإنما لا يحتاج إلى النية، وإن كانت من الكنايات؛ لدلالة التكرار على الطلاق به؛ إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر، فكان متعيناً له، فلا يحتاج إلى النية، ولا إلى ذكر النفس؛ لزوال الإبهام، بخلاف نحو: «اعتدي اعتدي اعتدي» حيث لم يقع فيه شيء بلا نية؛ على ما عرفت سابقاً.

وبخلاف اختيارها الزوج؛ لأنه لا يتعدد؛ على ما عرفت آنفاً، فلا يحتمل ما يتكرر من لفظ اختاري.

وَلَو قَالَت: «اخْتَرْتُ اختيارة».. وَقعَ الثَّلَاثُ اتِّفَاقاً.

وَلَو قَالَت: «طلَّقتُ نَفسِي، أَو اخْتَرْتُ نَفسِي بتطليقةٍ».. بَانَتْ بِوَاحِدَةٍ فِي الْأَصَحِّ.

ثم عدم اشتراط النية: رواية «الجامع»، واختاره الصدر الشهيد والعتابي وصاحب «الهداية».

وفي رواية «الزيادات»: تشترط النية، وإن كرر قوله «اختاري واختاري».

وقال في «الجامع»: «اختاري اختاري اختاري بألف»، ينوي الطلاق.. فقد شرط النية أيضاً مع ذكر المال والتكرار، مع أن ذكر المال يرجح جانب الطلاق.

وقال في «الزيلعي» عزوا إلى «الكافي»: قيل: لا بد من ذكر النفس، وإنما حذف لشهرته؛ لأن غرض محمد: التفريع دون بيان صحة الجواب.

وعلى هذا: ينبغي أن تكون النية حذفت لهذا المعنى أيضاً، لا لأنها ليست بشرط.

وفي «البدائع» ما يدل على اشتراطها أيضاً، بل يصرحه؛ فإنه قال لها: «اختاري اختاري اختاري»، فاختارت نفسها، فقال: «نويت بالأولى الطلاق وبالباقين التأكيد».. لم يصدق قضاء؛ لأنه لما نوى بالأولى الطلاق.. كان الحال حال مذاكرة الطلاق، وكان طلاقاً ظاهراً.

(**ولو قالت**)؛ أي: بعد قول الزوج: «اختاري اختاري اختاري»، بغير عطف، أو بعطف بالواو، أو الفاء، أو ثم: على ما في «الزيلعي»: (**اخترت اختيارة**)؛ أو «اختيارة واحدة»، أو «الاختيارة»، ففي هذه الصور (.. **وقع الثلاث اتفاقاً**)؛ لأن التاء للمرة، فصار كما إذا صرح بها؛ نحو: «اخترت مرة، أو بمرة، أو ودفعة، أو بدفعة، أو واحدة، أو بواحدة»، ولأن «اختيارة» للتأكيد، وبدون التأكيد؛ [٤١٧/أ] كقولها: «اخترت» بدون ذكر «اختيارة».. يقع الثلاث، فمع التأكيد أولى.

(**ولو قالت**)، أي بعد قول الزوج: «اختاري» بلا تكرار؛ على ما في «فتح القدير»: («**طلقت نفسي، أو اخترت نفسي بتطليقة**».. **بانت بواحدة في الأصح**) وهو

وَقِيلَ: يملكُ الرَّجْعَةَ.

رواية «المبسوط» و«الجامع» و«الزيادات» و«الأوضح» وشرح «الجامع الصغير» وجوامع الفقه.

أما وقوع الواحدة: فلأن التطليقة لا تتناول أكثر من ذلك، وإنما تكون بائنة؛ لأن العامل فيه: تخيير الزوج لا إيقاعها، والواقع بالتخيير هو البائن لا الرجعي؛ لأنه تمليك النفس منها.

(وقيل: يملك) الزوج (الرجعة) لا غير هكذا في «الهداية» وهو رواية «الجامع الصغير» لصدر الإسلام.

وقال عامة الشراح: هذا سهو؛ لأن الواقع بها ليس إلا البائن؛ على ما ذكرناه.

ووجه بعضهم: بأن قولها: «طلقت نفسي، أو اخترت نفسي بتطليقة».. يوجب البينونة بعد انقضاء العدة؛ لكونه صريحاً.

وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة: كان عند الوقوع رجعياً.

فإن قيل: فعلى هذا لا يكون الجواب مطابقاً للتفويض المذكور؛ لأن المفوض إليها: الاختيار، وهو يفيد البينونة؛ لما ذكرناه.

أجيب: بأنها اختارت نفسها بعد العدة، فكان مطابقاً من حيث إن الاختيار قد وجد منها؛ لكونها من الكنايات.

ورد: بأن المرأة إنما تصرف حكماً للتفويض، وهو بتطليقة بائنة؛ لكونه من الكنايات.. فتملك الإبانة لا غير.

فإن قيل: ينبغي أن لا يقع الطلاق بقولها: «طلقت» في جواب قوله: «اختاري»؛ لأن المفوض إليها هو الاختيار، فلا ينبغي جوابه التطليق؛ كما لو قال لها: «طلقي نفسك»، فقالت: «اخترت نفسي».

قلنا: التطليق دخل في ضمن التخيير، فقد أتت ببعض ما فوض إليها.. فصلح جواباً؛ كما لو قال لها: «طلقي نفسك ثلاثاً» فطلقت واحدة، بخلاف الاختيار؛ فإنه

وَلَو قَالَ: «أَمرُكِ بِيَدِكِ فِي تَطْلِيقَةٍ، أَو اخْتَارِي» فَاخْتَارَتْ نَفسهَا.. وَقعت وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ.

لم يفوض إليها لا قصداً، ولا ضمناً.

(ولو قال: «أمرك بيدك في تطليقة، أو اختاري تطليقة»، فاختارت نفسها.. وقعت واحدة رجعية)؛ لأنه جعل لها الاختيار، لكن بتطليقة، وهي تعقب الرجعة.

فإن قيل: فعلى هذا: كان قوله هذا بمنزلة قوله: «طلقي نفسك»، وقولها: «اخترت» لا يصلح جواباً لقوله: «طلقي نفسك»، بل يلغو.

أجيب: بأن قولها: «اخترت»، إنما لا يصلح جواباً عن «طلقي»؛ لكونه أضعف منه؛ فإن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار، ولهذا صلح بالعكس؛ لكون الطلاق أقوى، وههنا: لم يكن أضعف؛ لأن صحة هذا الجواب بالنظر إلى ظاهر كلامه، وهو الأمر باليد والاختيار، دون ما يؤول إليه من المعنى.

* * *

(فصلٌ)
[فِي بَيَانِ حُكْمِ الأَمْرِ بِاليَد]

وَلَو قَالَ: «أَمرُكِ بِيَدِكِ».

[فصلٌ]
[فِي بَيَانِ حُكْمِ الأَمْرِ بِاليَد]

(**ولو قال: «أمرك بيدك»**) هذا شروع في بيان الصنف الثاني من التفويض؛ أعني الأمر باليد، وقد ذكرنا في أول الباب أنه لا يخلو: إما أن يكون مرسلاً، أو معلقاً بشرط، أو مؤقتاً.. فارجع إليه في معرفة أحكام كل منها، وإنما جعله في باب واحد مع التخيير.. ولم يجعله باباً على حدة؛ كما في «الهداية» و«الكنز»؛ لكونهما قريبان في الأحكام ففي «فتح القدير»: [٤١٧/ب] والأمر باليد: كالتخيير في جميع مسائله؛ من اشتراط ذكر النفس، أو ما يقوم مقامه، ومن عدم تملك الزوج الرجوع، وغير ذلك مما قدمنا، سوى نية الثلاث؛ فإنه: تصح ههنا لا في التخيير؛ على ما مر.

وقال في «الحاوي القدسي»: قوله «اختاري».. كقوله: «أمرك بيدك» في جميع الأحكام، المطلق كالمطلق، والمؤقت كالمؤقت، إلا في الموضعين:

أحدهما: أن الزوج إذا نوى به الثلاث.. لا يقع، وفي قوله: «أمرك بيدك».. يقع.

والثاني: أنه لا بد من ذكر النفس في التخيير في كلامه أو في كلامها. انتهى.

كذا في «البحر» عن «البدائع»، والذي ظهر منه: أن ذكر النفس ليس بشرط في الأمر باليد، وإنما اشترط ذلك في التخيير فقط، على خلاف ما ذكرناه من «فتح القدير»، وقد صرح في «الزيلعي» اشتراطه في الأمر باليد أيضاً؛ على طبق ما في «فتح القدير»؛ حيث قال: ذكر النفس في جواب أمرك بيدك.. خرج مخرج الشرط، حتى لو لم يذكرها.. لا يقع، كما لا يقع في جواب التخيير إلا به. انتهى.

أقول: يمكن التوفيق بينهما بأن يحمل ما في «الحاوي» على أن ذكر النفس أو ما يقوم مقامها: شرط في التخيير في أحد الجانبين، وأما في الأمر باليد: فليس ذكره

يَنْوِي ثَلَاثاً، فَقَالَت: «اخْتَرْتُ نَفسِي بِوَاحِدَةٍ، أَو بِمرَّةٍ وَاحِدَةٍ».. وَقعَ الثَّلَاثُ.

وَإِن قَالَت: «طلقتُ نَفسِي وَاحِدَةً، أَوِ اخْتَرْتُ نَفسِي بتطليقة».. فَوَاحِدَةٌ بائنةٌ.

في أحد الجانبين شرطاً، ويحمل ما في «الزيلعي» و«فتح القدير»: على أن ذكر النفس: شرط في الأمر باليد في جانب فقط، فلا منافاة بينهما.

(**ينوي ثلاثاً، فقالت**) - في جوابه - (: «**اخترت نفسي بواحدة، أو بمرة واحدة**».. **وقع الثلاث**)؛ إذ يكون الاختيار جواباً عن الأمر باليد، فلأن الأمر باليد.. تمليك؛ كالتخيير، فتساويا في القوة والضعف.

وأما دلالته على الثلاث: فلأن الواحدة صفة الاختيارة، فصار كأنها قالت: «اخترت نفسي باختيارة واحدة»، وبذلك.. يقع الثلاث؛ لأن معناه: اخترت جميع ما فوضت إليَّ اختيارةً واحدة، وحين نوى الزوج الثلاث: فقد فوض إليها ذلك.

وفي «الخلاصة»: قولها: «اخترت نفسي».. يصلح جواباً لقوله: «أمرك بيدك»، ولقوله: «اختاري نفسك»، ولا يصلح جواباً لقوله: «طلقي نفسك».

وقولها: «طلقت نفسي».. يصلح جواباً للكل.

(**وإن قالت**) - في جواب: «أمرك بيدك» - (: «**طلقت نفسي واحدة، أو اخترت نفسي بتطليقة**».. **فواحدة بائنة**)؛ لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف.. فوجب إثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق، وهو في الأولى: طلقت، فيقدر تطليقة، وبذلك يقع واحدة، إلا أنها تكون بائنة؛ لأن أمرك بيدك من الكناية، والواقع بها: بائن، فكأن التفويض في البائن، وكلامها خرج جواباً له، فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع أيضاً؛ للتطابق بينهما، وقد ذكرنا أن ذكر النفس في الجواب: شرط فيه، وإنما تصح نية الثلاث في قوله: «أمرك بيدك»، دون «اختاري»؛ لأنه يحتمل العموم والخصوص؛ لأن الأمر اسم عام يتناول كل شيء، والطلاق من جملة الأشياء؛ فإذا نواه.. صار كناية عن قوله: «طلاقك بيدك»، والطلاق مصدر

وَلَو قَالَ: «أَمرُكِ بِيَدِكِ الْيَوْمَ وَبعدَ غَدٍ».. لَا يدْخلُ اللَّيلُ، وَإِن ردَّتُه الْيَوْمَ.. لَا يرْتَدُّ بعدَ غَدٍ.

وَإِن قَالَ: «الْيَوْمَ وَغداً».. يدْخلُ اللَّيْلُ، وَإِن ردَّتهُ الْيَوْمَ.. لَا يبْقى غَداً.

يحتمل العموم [٤١٨/أ] والخصوص.. فتكون نية الثلاث نية التعميم، بخلاف قوله: «اختاري»؛ لأنه لا يحتمل العموم؛ لعدم تنوعه؛ على ما في أول التفويض.

(ولو قال: «أمرك بيدك اليوم وبعد غد».. لا يدخل الليل)، حتى لو اختارت نفسها في الليل.. لا يقع؛ لأن ذكر اليوم بعبارة الفرد.. لا يتناول الليل في عرفهم.

(وإن ردته)؛ - أي الأمر - (اليوم.. لا يرتد بعد غد)، بل يبطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر في يدها بعد غد؛ لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما، وهو الغد، ولم يتناوله الأمر، حتى لو اختارت نفسها في الغد.. لا تطلق، فكانا أمرين، فَبِرَدِّ أحدهما: لا يرتد الآخر.

وقال زفر: هما أمر واحد، بمنزلة قوله: «أنت طالق اليوم وبعد غد».. في كون أحدهما معطوفاً على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر.

قلنا: الطلاق لا يحتمل التوقيت، فكانت الطالق اليوم.. طالقاً غداً وبعد غد، بخلاف الأمر باليد، وكذا الاختيار؛ فإنه يحتمل التوقيت.. فيتوقت بالأول، ويجعل الثاني أمراً مبتدأ؛ فكأنه قال: «وأمرك بيدك بعد غد» (وإن قال: «اليوم وغداً».. يدخل الليل)؛ لأنه لم يتخلل بين الوقتين وقت من جنسهما لم يتناوله الأمر.. فكان أمراً واحداً، والليلة لا تفصلهما؛ لأنهم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل، ولا تنقطع مشورتهم ومجلسهم، فصار كما إذا قال: «أمرك بيدك في يومين» بناء على أن الجمع بحرف الجمع: كالجمع بلفظ الجمع.

(وإن ردته اليوم.. لا يبقى) الأمر باليد (غداً)؛ لما ذكرناه أنه أمر واحد.

وعن أبي حنيفة: أنها إذا ردت الأمر في اليوم.. لها أن تختار نفسها غداً؛ لأنها لا تملك رد الأمر الذي صدر عنه بقوله: «أمرك بيدك» كما لاتملك رد الإيقاع الذي

وَلَو مكثت بعدَ التَّفْوِيضِ يَوْماً وَلم تَقُم، ....

صدر عنه بقوله: «أنت طالق»؛ بجامع عدم اشتراط القبول فيهما في المجلس.. فصار بمنزلة قيامها عن المجلس واشتغالها بعمل آخر، حيث خرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس بعدما خيرها في اليوم وغد.

ووجه الظاهر: أنها اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد، فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر؛ لأن المخير بين الشيئين: لا يملك إلا اختيار أحدهما؛ كذا في «الهداية».

ويمكن التوفيق بين الروايتين:

بحمل الرد في الرواية الأولى: على الرد بالقبول؛ بأن تقول عقيب التفويض: «رددت التفويض».

وفي الرواية الظاهرة: على الرد بالفعل؛ بأن اختارت زوجها، فيكون النزاع لفظياً.

وفي «الهداية»: وعن أبي يوسف: أنه إذا قال: «أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً» أنهما أمران؛ بما أنه ذكر لكل وقت خبراً مقدماً. انتهى.

وقال شمس الأئمة: هذه هي الرواية الصحيحة، وجعلها «قاضي خان» أصل الرواية، ولم يذكر أحداً.

ولو قال: «أمرك بيدك يوم يقدم زيد»، فقدم ليلاً.. لا تتخير؛ على ما مر في فصل إضافة الطلاق، فارجع إليه.

(**ولو مكثت بعد التفويض**)؛ أي بالأمر باليد، أو بالتخيير؛ على ما صرح به في «الهداية» (**يوماً ولم تقل ولم تقم**)؛ أي: لا يبطل خيارها ما لم تأخذ [٤١٨/ب] في عمل آخر؛ لأن هذا تمليك الطلاق منها، والتمليكات تقتصر على المجلس؛ على ما مر في فصل الاختيار، إلا إذا وصل بالأمر باليد «متى شئت أو إذا شئت».. فحينئذٍ لم يقتصر على المجلس؛ على ما سيصرح به.

ثم اعلم: أنا قد ذكرنا في أول التفويض: أن الأمر باليد قد يكون مؤقتاً، وقد يكون معلقاً بشرط، وقد يكون مطلقاً؛ فإن كان مؤقتاً.. فالأمر في يدها في الوقت المضروب، وإن كان معلقاً.. فالأمر في يدها إذا وجد الشرط، وإن كان مطلقاً؛ فإن كانت تسمع.. يعتبر مجلس استماعها، وإن كانت لا تسمع؛ لصمم أو غَيبة.. فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها.

ولا يعتبر مجلسه، وهذا؛ لأن الأمر باليد تمليك فيه معنى التعليق؛ لأن معنى «أمرك بيدك»: إن أردت طلاقك.. فأنت طالق، فباعتبار التمليك يحتمل التوقيت؛ لأنه من باب تمليك المنافع، كالإجارة والإعارة، لا من باب تمليك الأعيان؛ كالبيع.

وإذا احتمل التوقيت.. صح توقيته.

وباعتبار التعليق.. لا يحتمل التوقيت.

فإذا كان مؤقتاً: اعتبرنا جانب التمليك فقط، فقلنا بالاقتصار على ذلك الوقت المضروب.

وإذا كان مطلقاً: اعتبرنا جانب التمليك، فقلنا بالاقتصار على المجلس؛ لعدم ما يدل على وقت معين.

واعتبرنا جانب التعليق، فقلنا ببقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت لا تسمع؛ عملاً بالدليلين بقدر الإمكان.

ولا يعتبر مجلسه، حتى لو قام وهي جالسة.. فالخيار باق؛ لأن التعليق لازم في حقه، حتى لا يقدر على الرجوع؛ على ما سيأتي بيانه.

فإذا اعتبر مجلسها: فالمجلس يتبدل تارة بالتحول إلى مجلس آخر، ومرة بالأخذ في عمل آخر، وتارة بمجرد القيام عنه؛ لأنه دليل الإعراض، بخلاف ما إذا مكث يوماً ولم يقم ولم يأخذ في عمل آخر؛ لأن المجلس قد يطول وقد يقصر.. فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه، أو يدل على الإعراض.

أَو كَانَت قَائِمَةً فَجَلَست، أَو جالسةً فاتَّكأت، أَو متَّكئةً فَقَعَدَت، أَو على دَابَّةٍ فوقَفَت، أَو دعت أَبَاهَا للمشورةِ، أَو شُهُوداً للإِشهادِ.. ....

وقوله: «يوماً» ليس للتقدير به؛ لأنه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الإعراض.. فالأمر باق.

(**أو كانت قائمة فجلست**).. فالأمر في يدها؛ لأنه دليل الإقبال؛ فإن القعود أجمع للرأي.

(**أو جالسة فاتكأت أو متكئة فقعدت**)؛ لأن هذا انتقال من جلسة إلى أخرى، فلا يكون إعراضاً.

وقيل: إذا كانت جالسة فاتكأت.. لا خيار لها؛ لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر.. فكان إعراضاً، والأول أصح؛ على ما في «الهداية»؛ لأن من أصابه أمر قد يستند للتفكر.

(**أو على دابة**) تسير (**فوقفت**) عن السير، (**أو دعت أباها للمشورة، أو**) دعت (**شهوداً للإشهاد**)؛ لأن الاستشارة لتحري الصواب، والإشهاد للتحري، فلا يكون دليل الإعراض.

ووقوف الدابة وسيرها: مضاف إلى المرأة.

وفي «الخلاصة»: المخيرة إذا قامت لتدعو الشهود؛ بأن لم يكن عندها أحد يدعو الشهود، لا يخلو: إما أن تحولت عن موضعها أو لم تتحول:

فإن لم تتحول.. لا يبطل الخيار بالاتفاق [٤١٩/أ].

وإن تحولت: اختلف المشايخ [فيه بناء على أن المعتبر في بطلان الخيار إعراضها أو تبدل المجلس][1] عند البعض: أيهما وجد، وعند البعض: الإعراض، وهذا أصح. انتهى.

---

(١) نقص في المخطوط وتم الاستدراك من «البحر الرائق» ج ٣. ص٣٥٠.

لَا يبطلُ خِيَارُهَا.

وَإِن سَارَتْ دابَّتهُا.. بَطلَ.

لَا بسيرِ فُلْكٍ هِيَ فِيهِ.

(**لا يبطل خيارها**) في جميع هذه الصور؛ لما ذكرناه.

(**وإن سارت دابتها.. بطل**) خيارها؛ لما ذكرناه أن سير الدابة مضاف إلى المرأة.

(**لا يسير فُلْكٌ هي فيه**)؛ لأن سير السفينة: لا يضاف إلى راكبها؛ لعدم قدرته على الإيقاف والتسيير، بل يضاف إلى السفينة نفسها.. فثبت لها ما دامت في مجلسها، وإن تحولت.. بطل.

وعن أبي يوسف: أن السفينة إن كانت واقفة فسار.. بطل خيارها اعتباراً بالدابة، وقد ذكرنا ما يتعلق بهذا البحث في أول التفويض.

وقال في «الخلاصة» في بطلان الأمر باليد: لو قال لامرأته اختاري، ثم طلقها بائناً.. بطل الخيار، وكذا الأمر باليد.

وأما لو كان الطلاق رجعياً.. لا يبطل الخيار ولا الأمر باليد، وهذا بناء على ما مر؛ من أن البائن يلحق الصريح، ولا يلحق البائن؛ فإذا بطل الخيار والأمر: فلو تزوجها في العدة أو بعدها.. لا يعود الخيار والأمر باليد بعد البطلان.

بخلاف ما إذا كان الأمر باليد معلقاً بشرط، ثم أبانها، ثم وجد الشرط، حيث لا يبطل الأمر، بل لها الخيار حين وجد الشرط؛ لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده.

* * *

(فصلٌ)

وَلَو قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسك» وَلم ينوِ، أَو نوى وَاحِدَةً فَطلَّقت.. وَقعت رَجْعِيَّةً.

وَكَذَا لَو قَالَت: «أَبنتُ».

وَإِن طلَّقت ثَلَاثاً ونواهُ.. وقعنَ

[فصل]

[في تطليقها نفسها]

(**ولو قال لها: «طلقي نفسك» ولم ينو أو نوى واحدة فطلقت نفسها.. وقعت رجعية**)؛ لأن معنى قوله: «طلقي» «افعلي الطلاق»، وهو اسم جنس يقع على الأدنى، مع احتمال الكل عند عدم النية؛ كسائر أسماء الأجناس.. فينصرف إلى الواحد؛ أعني الأدنى: عند عدم النية، وعند وجودها أولى، وتكون الواحدة رجعية؛ لأن المفوض إليها صريح الطلاق، وهو رجعي.

(**وكذا لو قالت: «أبنت) نفسي»**؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق، حتى لو قال: «أبنتك» ينوي الطلاق، أو قالت: «أبنت نفسي»، فقال الزوج: «قد أجزت».. بانت، وألفاظ الطلاق توافق ما فوض إليها؛ لكونه تطليقاً، فكانت الإبانة موافقة للتفويض في الأصل.. فكان صحيحاً أن يكون جواباً من حيث الأصل، إلا أن المرأة زادت فيه وصفاً، وهو تعجيل الإبانة؛ لأن الرجعية: إنما تفيد الإبانة بعد العدة لا في الحال.

فإذا كان كذلك؛ فإما أن يبطل الأصل لأجل الوصف الزائد، أو يلغو ذلك الوصف لرعاية الأصل، وإلغاء الوصف أولى.. فيصار إليه، فتقع رجعية؛ كما لو قالت في جواب طلقي نفسك: «طلقت نفسي تطليقة بائنة».

وعن أبي حنيفة: أنه لا يقع بقولها: «أبنت نفسي» شيء؛ لأنها أتت بغير ما فوض إليها؛ إذ الإبانة تغاير الطلاق، والصحيح: هو الأول.

(**وإن طلقت**)؛ أي لو قال لها: «طلقي نفسك» فطلقت هي نفسها (**ثلاثاً ونواه**)؛ أي نوى الزوج بقوله: «طلقي» الثلاث (**.. وقعن**) الثلاث؛ لما ذكرناه من أن الطلاق

ولغت نِيَّةُ الثِّنْتَيْنِ.

وَلَو قَالَت: «اخْتَرْتُ نَفسِي».. لَا تطلقُ ....

اسم جنس يقع على الأدنى، مع احتمال الكل عند عدم النية؛ لأن مع الاحتمال إلى الكل.. تصح النية له.

واعلم: أنهم اختلفوا في هذه المسألة على أقوال، بناء على أن الأمر هل يوجب التكرار، أو لا يوجبه، بل يحتمله، أو لا يحتمله أيضاً [٤١٩/ب]:

فقال من ذهب إلى أنه يوجب التكرار: أنه ينصرف إلى الثلاث، فتملك المرأة أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلاثاً، جملة، أو على التفاريق؛ إذا لم ينو الزوج شيئاً، أو نوى ثلاثاً.

وأما إذا نوى واحدة أو ثنتين.. فيقتصر على ما نوى؛ لأنه وإن أوجب التكرار عندهم، لكن يمنع عنه بدليل، والنية دليل عليه.

وقال من ذهب إلى أنه لا يوجب التكرار ولكن يحتمله - وهو المروي عن الشافعي - : أنه يقع على الواحدة إن لم ينو الزوج شيئاً أو نوى واحدة، وإن نوى ثنتين أو ثلاثاً.. فهو على ما نوى؛ لأنه نوى محتمل كلامه.

وقال من ذهب إلى أنه لا يوجب التكرار ولا يحتمله، وهو مذهب عامة الحنفية: أنه ينصرف إلى الأدنى، وهي الواحدة؛ إن لم ينو شيئاً، أو نوى ثنتين على احتمال الأعلى، وهو الثلاث عند نية الزوج الثلاث؛ لأن الثلاث من محتمل اللفظ.. فيتعين بالنية؛ فإذا نواه.. يقعن جملة.

وإن طلقت نفسها واحدة: فلها أن تطلقها ثانية وثالثة، على ما في «الكشف» و«السراج الهندي»، وقد ذكرناه في «حاشيتنا على المرآة».

(**ولغت نية الثنتين**)؛ لأنه عدد محض في الحرة، ولا يحتمله اسم الجنس؛ أي لفظ الطلاق، ونية ما لا يحتمله اللفظ.. غير صحيح.

(**ولو قالت: «اخترت نفسي»**)؛ في جواب «طلقي نفسك» (.. **لا تطلق**)؛ لأن

ولَا يملكُ الرُّجُوعَ بعدَ قَوْله.. «طَلِّقِي نَفسَكِ».

ويتقيَّدُ بِالْمَجْلِسِ، إلاّ إذا قَالَ: «مَتى شِئْتِ».

ولو قَالَ: «لَهَا طَلِّقِي ضرَّتَكِ» أَو لآخر: «طلِّقِ امْرَأَتي».. يملكُ الرُّجُوعَ، وَلَا يتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ، إلاّ إذا زَادَ: «إِن شِئْتِ».

الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق؛ مثل الإبانة، وإنما وقع به الطلاق: على خلاف القياس بإجماع الصحابة؛ فيما إذا كان جواباً للتخيير؛ على ما مر.. فيقتصر على مورده، وقوله: «طلقي» ليس بتخيير.. فلا يصح الاختيار جواباً عنه.

(**ولا يملك الرجوع بعد قوله: «طلقي نفسك»**)؛ لأنه تعليق فيه معنى اليمين من جانبه، واليمين تَصَرُّفٌ لازم لا يحتمل الرجوع.

(**ويتقيد بالمجلس**)؛ لأنه تمليك، والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس على ما مر مراراً.

(**إلا إذا قال: «متى شئت»**)؛ لأن «متى»: عامة في الأوقات كلها؛ كما إذا قال لها: «في أي وقت شئت».

(**ولو قال لها: «طلقي ضرتك»، أو قال لآخر: «طلق امرأتي».. يملك الرجوع، ولا يتقيد بالمجلس**)؛ لأن الأولى: توكيل وإبانة، والثاني: توكيل واستعانة، لا تمليك ويمين، مثل: «طلقي نفسك».. فلا يقتصر على المجلس، ويقبل الرجوع.

وذكر في «الخلاصة» و«البزازية»: أنه لو قال لأجنبي: «أمر امرأتي بيدك».. يقتصر على المجلس ولا يملك الرجوع؛ على ما نص عليه في «الفتاوى الصغرى».

وفي «المحيط»: وهو الأصح.

فصار كقوله لامرأته: «أمرك بيدك»؛ لأنه تمليك.

وقيل: إنه توكيل لا تمليك؛ لأنه صرح بالأمر.. فيقتصر على المجلس.

(**إلا إذا زاد: «إن شئت»**).. فحينئذٍ يقتصر على المجلس، ولا يقدر الزوج الرجوع.

وَلَو قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسَكِ ثَلَاثاً» فَطلَّقت وَاحِدَةً.. وَقعَ وَاحِدَةٌ، وَفِي عَكسه: لَا يَقعُ شَيْءٌ، وَعِنْدَهُمَا: يَقعُ وَاحِدَةً.

وقال زفر: هذا والأول سواء؛ لأن التصريح بالمشيئة كعدم التصريح؛ لأنه يتصرف عن مشيئته؛ لأن الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها، وإذا تساويا.. كان الثاني توكيلاً أيضاً مثل الأول، وصار كما لو قال للوكيل بالبيع: «بع إن شئت»؛ فإن تلك المشيئة لا تخرجه عن التوكيل إلى التمليك.

ولنا: أنه تمليك؛ لأنه علقه بالمشيئة، والمالك: هو الذي يتصرف عن مشيئة، يترتب عليها [٤٢٠/أ] استحسان الفعل وتركه، وقد وجد ذلك في صورة النزاع، وما ثبت في الوكيل من المشيئة ليس هذا النوع، بل نوع آخر منها يحتاج إليها كل ما يتحرك بحركة إرادية، والقياس على البيع ليس بصحيح؛ لأن الطلاق يحتمل التعليق، بخلاف البيع؛ لأنه لا يحتمله.

(**ولو قال لها: «طلقي نفسك ثلاثاً» فطلقت واحدة.. وقع واحدة**)؛ لأنها ملكت إيقاع الواحدة في الثلاث ضرورة.

(**وفي عكسه لا يقع شيء**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يقع واحدة**)؛ لأنها أتت مما ملكته وزيادة، فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً.

ولأبي حنيفة: أنها أتت بغير ما فوض إليها، فكانت مبتدئة لا مجيبة، وهذا: لأن الزوج ملكها الواحدة، والثلاث غير الواحدة.

فإن قيل: قد ثبت من مذهبنا: أن الواحد من العدد ليس عينه، ولا غيره.

قلنا: ذلك في العدد الموجود، أو المتصور، والثلاث ههنا: معدوم صرف، والواحد الموجود غير المعدوم.

فإن قيل: سلمنا المغايرة، لكن إذا قال لها: «أمرك بيدك» ونوى الواحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً.. وقعت واحدة، وقد أتت بغير ما فوض إليها.

وَفِي: «طَلِّقِي نَفسَكِ ثَلَاثاً إِن شِئْت» فَطلَّقت وَاحِدَةً.. لَا يَقعُ شَيْءٌ.

وَكَذَا فِي عَكسِهِ، وَعِنْدَهُمَا: تقعُ وَاحِدَةً.

وَلَو أَمرَهَا بالبائنِ أَوِ الرَّجْعِيّ فعكست.. وَقعَ مَا أَمرَ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ إِن شِئْتِ» فَقَالَت: «شِئْتُ إِن شِئْتَ»، فَقَالَ: «شِئْتُ» يَنْوِي الطَّلَاقَ.. لَا يَقعُ شَيْءٌ.

أجيب: بأن التفويض هناك لم يتعرض لشيء، فقد يكون خاصاً وقد يكون عاماً؛ فإذا نوى الواحدة: فقد قصد تفويضاً خاصاً، وهو غير مخالف للظاهر، فلما أوقعت ثلاثاً: فقد وافقته فيما هو أصل التفويض، وهو لا يكون أقل من الواحدة.. فتقع الواحدة.

(وفي: «طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت» فطلقت واحدة.. لا يقع شيء)؛ لأن معناه «إن شئت الثلاث»، وهي بإيقاع الواحدة: ما شاءت الثلاث، فلم يوجد الشرط.

(وكذا في عكسه) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: تقع واحدة)؛ لأن مشيئة الثلاث.. مشيئة الواحدة عندهما، كما أن إيقاع الثلاث.. إيقاع الواحدة عندهما، فوجد الشرط.

وله: أن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها.

(ولو أمرها بالبائن أو الرجعي فعكست المرأة.. وقع ما أمره)؛ لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها من البينونة والرجعة.. فلا حاجة للمرأة بعد ذلك إلا إلى إيقاع أصل الطلاق، لا تعيين وصفه، فما عينته من الوصف صار لغواً؛ فكأنها اقتصرت في الإيقاع على الأصل.. فيقع بالصفة التي عينها الزوج، ولأنها في الثانية أتت بالأصل وزيادة وصف.. فيلغو الوصف ويبقى الأصل.

(ولو قال: «أنت طالق إن شئت» فقالت: «شئت إن شئت» فقال: «شئت» ينوي الطلاق.. لا يقع شيء)؛ لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة، وهي أتت بالمعلقة، فلم يوجد الشرط، وهو اشتغال منها بما لا يعنيها.. فخرج الأمر من يدها، ولا يقع

وَكَذَا لَو علَّقتِ المشيئةَ بمعدومٍ.

الطلاق بقوله: «شئت» وإن نوى الطلاق؛ لأن كلامه بناء على كلامها، وليس في كلامها ذكر الطلاق ليصير الزوج شائياً طلاقها، وإنما فيه ذكر المشيئة، فيكون شائياً لمشيئتها لا لطلاقها.

فإن قيل: إن كلامها مبني على الكلام الأول، وفيه ذكر الطلاق.

قلنا: كلامها قد لغا بالاشتغال بما لا يعنيها، فيلغو ما يبتنى عليه أيضاً.

فإن قيل: وإن لم يكن في كلامها ذكر الطلاق، لكنه قد نوى الطلاق [٤٢٠/ب] فينبغي أن يقع الطلاق.

قلنا: النية لا تعمل في غير المذكور، حتى لو قال: «شئت طلاقك».. يقع إذا نوى؛ لأنه إيقاع مبتدأ، إذ المشيئة تنبئ عن الوجود؛ لأنها مأخوذة من الشيء، وهو اسم للموجود عندنا، فكان قوله: «شئت» بمنزلة: «أوجدت»، وإيجاد الطلاق بإيقاعه ابتداء.

فإن قيل: فعلى هذا لا حاجة إلى النية.

قلنا: نعم، إلا أن قوله: «شئت طلاقك»، قد يقصد وجوده ملكاً، وقد يقصد وجوده وقوعاً، فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعاً، بخلاف ما لو قال: «أردت طلاقك»؛ لأنه لا ينبئ عن الوجود؛ لأنه في اللغة: عبارة عن الطلب.

فإن قيل: قد ثبت في مذهبنا في الكلام: أن الإرادة والمشيئة واحدة.

قلنا: هذا التفرقة بالنسبة إلينا، وتلك الوحدة بالنسبة إلى الله تعالى؛ لأن ما شاء الله وما أراده.. كان لا محالة، بخلاف العباد.

(**وكذا لو علّقت المشيئة بمعدوم**)؛ أي لو قالت في جواب قوله: «أنت طالق إن شئت»: «شئت إن كان كذا»؛ لأمر لم يجئ بعد.. لا يقع الطلاق، وبطل الأمر؛ لما ذكرناه أن المأتي به مشيئة معلقة، فلم يوجد الشرط.

وَإن علّقت بموجودٍ.. وَقعَ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ مَتى شِئْتِ، أَو مَتى مَا شِئْتِ، أَو إذا شِئْتِ، أَو إذا مَا شِئْتِ» فَردَّتِ الْأَمرَ.. لَا يرْتَدُّ، وَلها وَاحِدَةٌ مَتى شَاءَت، وَلَا تزيدُ.

وَلَو قَالَ لَهَا: «أَنْت طَالِقٌ كلَّما شِئْتِ».. فلهَا أَن تطلِّقَ ثَلَاثاً مُتَفرِّقاً، لَا مجموعاً،

(**وإن علقت**) المشيئة في جواب قوله المذكور (**بموجود**) بأن قالت: «شئت إن كان كذا»؛ لأمر قد مضى وجوده.. (**وقع**) الطلاق؛ لأن التعليق بشرط كائن: تنجيزٌ.

(**ولو قال: «أنت طالق متى شئت [أو متى ما شئت]، أو إذا شئت» فردت الأمر.. لا يرتد، ولها أن تطلق واحدة متى شاءت، ولا تزيد**)؛ أي على الواحدة.

أما «متى ومتى ما».. فلأنهما عامة في الأوقات كلها فلا يقتصر على المجلس، ولو ردت.. لم يكن رداً؛ لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة حتى يرتد بردها، وإنما تطلق واحدة فقط؛ لأنها تعم الأزمان دون الأفعال.. فتملك التطليق في كل زمان، ولا تملك تطليقاً بعد تطليق.

وأما كلمة «إذا، وإذا ما».. فهي مساوية لمتى عندهما.

وعند أبي حنيفة: أن «إذا» كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت، لكن جعل ههنا للوقت؛ لأن الأمر صار بيدها، ولا يخرج من يدها بالقيام، والرد بالشك؛ على ما مر في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان.

فإن قيل: وجب أن يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحاً للرد.

قلنا: إنما يجب حملها على الشرط إن كان الرد صادراً ممن صدر منه التعليق، تصحيحاً لتصرفه ونفياً للتناقض في كلامه، وأما إذا صدر الرد من غيره.. فلا حاجة إلى هذا التأويل؛ لعدم التناقض.

(**ولو قال لها: «أنت طالق كلما شئت».. فلها أن تطلق ثلاثاً متفرقاً لا مجموعاً**) لأن «كلما»: يوجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع، فلا تملك الإيقاع جملة.

وَلَا بعدَ زوجٍ آخرَ.

وَلو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ حَيْثُ شِئْتِ، أَو أَيْنَ شِئْتِ».. لَا تطلقُ مَا لم تشأ فِي مجلسِها.

وَلو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ كَيفَ شِئْت»؛ فَإِن شَاءَت مُوَافقَةً لنيَّتهِ رَجْعِيَّةً أَو بائنةً

(ولا بعد زوج آخر)؛ لأنها وإن أوجب تكرار الأفعال على سبيل الانفراد، إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم، والملك الحاصل له بعد زواج آخر: هو ملك محدث متجدد، لا ما قام أولاً.

(ولو قال: «أنت طالق حيث شئت، أو أين شئت».. لا تطلق ما لم تشأ في مجلسها)؛ لأنها من أسماء المكان، والطلاق لا تعلق له بالمكان.. فيلغو، ويبقى ذكر المشيئة، فيقتصر على المجلس [٤٢١/أ]، بخلاف الزمان؛ لأن له تعلقاً به، حتى يقع في زمان دون زمان، فوجب اعتباره.

خصوصاً: كما لو قال: «أنت طالق غداً».

وعموماً: كما لو قال: «أنت طالق في أي وقت شئت».

فإن قيل: إذا لغا ذكر المكان.. بقي قوله: «أنت طالق شئت» فينبغي أن يقع الطلاق في الحال؛ كما لو قال: «أنت طالق دخلت الدار»؛ فإنه يقع الساعة.

أجيب: بأن «حيث وأين»: يفيدان ضرباً من التأخير، وحرف الشرط أيضاً: يفيد ضرباً من التأخير، فيشتركان في تحقيق معنى التأخير، فيجعلان مجازاً عن حرف الشرط.

فإن قيل: إذا جعلا مجازاً عن حرف الشرط.. لماذا يبطل بالقيام عن المجلس؟، وإنما يبطل بالقيام عنه إذا جعلا مجازاً عن حرف «إن»، وأما إذا جعلا مجازاً عن كلمة «إذا ومتى».. فلا يبطل بالقيام عنه، فلم لم يجعل مجازاً عن «إذا» و«متى»؟

أجيب: بأن جعلهما مجازاً عن «إن» أولى؛ لما أنها لمحض الشرط، فكانت أصلاً في الباب، والاعتبار بالأصل أولى من غيره، كذا في «العناية».

(ولو قال: «أنت طالق كيف شئت»؛ فإن شاءت موافقة لنيته رجعية أو بائنة

أَو ثَلَاثًا.. وَقعَ كَذَلِك

وَإِن تخالفا.. تقعُ رَجْعِيَّةٌ. وَكَذَا إِن لم تَشأ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يَقعُ شَيْءٌ.

وَإِن لم تكن لَهُ نِيَّةٌ.. يَقعُ مَا شَاءَت.

(أو ثلاثاً.. وقع كذلك، وإن تخالفا.. تقع رجعية).

(وكذا إن لم تشأ).

(وعندهما: لا يقع شيء) ما لم تشأ.

(وإن لم تكن له نية.. يقع ما شاءت).

اختلفوا فيما إذا قال: «أنت طالق كيف شئت»، هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أو لا:

فقال أبو حنيفة: لا يتعلق، بل يقع طلقة واحدة قبل مشيئتها؛ فإن كانت غير مدخولة.. بانت، فلا مشيئة لها بعد وقوع الأصل؛ لعدم بقاء المحل.. فيلغو التفويض، وإن كانت مدخولة بها.. وقعت واحدة رجعية.

والمشيئة إليها في المجلس بعد ذلك: بأن تجعلها بائنة أو ثلاثاً.

ثم لا يخلو من أن ينوي الزوج شيئاً، أو لم ينو:

فإن لم ينو.. اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف.

وإن نوى: فإن اتفقت نيته ومشيئتها.. فذاك.

وإن اختلفتا؛ بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثاً، أو بالعكس.. تعارضا، فتساقطا، فيبقى أصل الطلاق وهو الرجعي، هذا هو المشهور في كتب أصحابنا في تقرير مذهب أبي حنيفة.

واعترض عليه بعض محققي أصحابنا: بأن المعقول أن لا يحتاج ههنا إلى نية الزوج؛ لأنه لما فوض الأمر إلى المرأة.. يجب أن تستقل بإثبات ما فوض إليها،

اعتباراً بعامة التفويضات؛ على ما روي عن أبي بكر الرازي والطحاوي: من أن نية الزوج ليست بشرط.

وللمرأة أن تجعل الطلاق بائناً أو ثلاثاً في قول أبي حنيفة.

وقال صاحب «النهاية» ناقلاً عن «الفوائد الظهيرية»: وقد راجعت الفحول في جواب هذا الإشكال، فما قرع سمعي جوابه.. فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي.

وأجاب عنه في «التقرير»؛ بأنه إنما فوض إليها حال الطلاق، وهي مشتركة بين البينونة والعدد.. فيحتاج إلى نية الزوج لتعيين أحدهما.

ورد: بأن اختيار المرأة كاف في هذا التعيين بلا حاجة إلى نية الزوج.

ودفع: بأن المفوض إلى المرأة ليس أصل الطلاق، بل وصفه وهو مبهم لتنوعه، فلا بد [٤٢١/ب] من بيان المبهم.. فيحتاج إلى نية الزوج.

وقالا: يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها.. فلا يقع شيء قبل مشيئتها لا قبل الدخول، ولا بعده؛ فإذا شاءت.. أوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث؛ لأنه فوض التطليق إليها على أي صفة شاءت؛ على ما هو مقتضى كلمة «كيف».. فيلزم منه تفويض نفس الطلاق أيضاً، ضرورة أنه لا يكون بدون حال من الأحوال ووصف من الأوصاف.

وتحقيقه: أن ما لا يكون محسوساً من التصرفات الشرعية؛ مثل: الطلاق والعتاق والبيع والنكاح وغيرها.. فحاله وأصلة سواء؛ لأن وجوده لما لم يكن محسوساً: كان معرفة وجوده بآثاره وأوصافه، فافتقرت معرفة ثبوته إلى معرفة أثره ووصفه؛ كثبوت الملك في البيع، والحل في النكاح، والوصف أيضاً مفتقر إلى الأصل.. فاستويا، وصار تعليق أحدهما هو تعليق الآخر.

ولأبي حنيفة: أن «كيف» لطلب الوصف لا لطلب الأصل، فكان التفويض في

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ كم شِئْتِ، أَو مَا شِئْتِ».. طلقت مَا شَاءَت.

وَإِن قَالَ: «طَلِّقِي نَفسَكِ مِن ثَلَاثٍ مَا شِئْتِ».. فلهَا أَن تطلِّقَ مَا دونَ الثَّلَاثِ، لَا الثَّلَاث، ....

وصف الطلاق دون أصله، والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله، وإلا لكان «كيف» لطلبه، وليس كذلك، ووجود الطلاق بوقوعه.

(**ولو قال: «أنت طالق كم شئت أو ما شئت»... طلقت ما شاءت**) واحدة أو ثنتين أو ثلاثاً؛ على ما ذكره في أصل «الجامع الصغير».

وهل يشترط مقارنة إرادة الزوج؛ كما في المسألة السابقة؟

ففي «كشف الكبير» أنها تشترط، قال: هكذا رأيت بخط شيخي معلماً بعلامة البزدوي، وذلك لأن «كم» لما كان للعدد المبهم.. كان له التغيير إلى مبهمه ما دام في المجلس لا بعده؛ لأن «كم» للعدد، و«ما»، وإن استعملت للوقت.. استعملت للعدد أيضاً، وحملناها عليه ههنا؛ لأن هذا تفويض بمعنى التمليك، والتمليكات تقتصر على المجلس، وذلك إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت.

فإن قيل: إن فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح:

والجواب: أنه تمليك فيه معنى التعليق، فكان التمليك كالأصل والتعليق كالتبع.. فالترجيح بالأصل أولى؛ فإذا كانتا للعدد: فقد فوض إليها أي عدد شاءت، فطلقت بما شاءت من العدد ما دام في المجلس؛ فإذا قامت عنه.. بطلت؛ لما ذكرناه أنه يقتصر على المجلس، وإن ردت.. كان رداً لأن هذا أمر واحد؛ إذ ليس فيه ما يدل على التكرار.

(**وإن قال: «طلقي نفسك من ثلاث ما شئت».. فلها أن تطلق ما دون الثلاث**) من واحدة وثنتين (**لا الثلاث**) عند أبي حنيفة.

خلافاً لَهما.

(خلافاً لهما) قالا: تطلق ثلاثاً أيضاً؛ لأن «ما» محكم في التعميم، وكلمة «مِن» قد تكون للتمييز والبيان، وقد تكون للتبعيض، فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل، فيحمل المحتمل على المحكم، ويجعل بياناً؛ كما إذا قال: «كل من طعامي ما شئت»، أو «طلق مِن نسائي مَن شئت».

ولأبي حنيفة: أن كلمة «مِن» حقيقة في التبعيض، و«ما» للتعميم، والعمل بهما ممكن، من حيث أن يجعل المراد بعضاً عاماً، والثنتان كذلك؛ لأنه بالنسبة إلى الواحدة [٤٢٢/أ] عامة، وبالنسبة إلى الثلاث: بعض.

فإن قيل: فعلى هذا لا يتناول الواحد؛ لأنه ليس بعام.

أجيب: بأنه يتناوله دلالة؛ فإذا كان العمل بهما ممكناً.. لا يهمل أحدهما، وفيما استشهدا ترك التبعيض؛ لدلالة إظهار السماحة في الأول، ولعموم صفة المشيئة في الثاني.

حتى لو قال: «من شئت».. كان على الخلاف؛ كذا في «العناية».

* * *

(بَابُ التَّعْلِيقِ)

إِنَّمَا يَصحُّ فِي الْمِلكِ؛ كَقَوْلِهِ لمنكوحتهِ: «إِن زُرتِ.. فَأَنتِ طَالِقٌ»، ......

(بَابُ التَّعْلِيقِ)

وقد يترجم بباب (الأيمان في الطلاق)؛ على ما في «الهداية»، وهو عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط، إنما يسمى يميناً مجازاً؛ لما فيه من معنى السببية، وتعبير المصنف أولى مما في «الهداية»؛ لأن التعليق: شمل التعليق الصوري، وإن لم يكن يميناً؛ كالتعليق بحيضها وطهرها، أو بأحدهما فقط، أو بحيضها حيضة، أو بما لا يمكنه الامتناع عنه؛ كطلوع الشمس، ومجيء الغد، أو بفعل من أفعال قلبها؛ كالمحبة والمشيئة، أو بفعل من أفعال قلبه؛ فإنه في هذه المواضع ليس بيمين؛ على ما في «البحر» عن «المحيط».. فلا يحنث بها لو كان حلف أن لا يحلف.

(إنما يصح)؛ أي التعليق **(في الملك)** بالاتفاق؛ **(كقوله لمنكوحته: «إن زرت فأنت طالق»)**.. يقع الطلاق عقيب الشرط بالاتفاق؛ لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط استصحاباً.. فصح يميناً عندنا، وإيقاعاً عند الشافعي؛ فإن المعلق بالشرط: ينعقد سبباً عنده، ويتأخر حكمه إلى زمان الشرط؛ على ما هو تأثير الشرط عنده، فيكون نفس المعلق إيقاعاً في الحال عنده.

ولا ينعقد سبباً عندنا، بل ينعقد يميناً.

وإنما يصير سبباً عند وجود الشرط؛ بناء على أن الشرط مع الجزاء: كلام واحد بمنزلة المبتدأ والخبر، ولا حكم في الجزاء بدون الشرط عندنا، كما هو عند الشافعي، وعلى أن تخصيص العلة: جائز عنده غير جائز عندنا.

والحاصل: أنه لا خلاف في أن الجزاء لا يتحقق قبل تحقق الشرط، بل إنما يتحقق عقيب تحقق الشرط بالاتفاق متصلاً.. حتى لو قال الزوج: «إن لم أطلقك

أَو مُضَافاً إِلَى الْمِلكِ؛ كَقَوْلِه لأجنبيَّةٍ: «إِن نكحتُكِ.. فَأَنتِ طَالِقٌ»: فَيَقَعُ إِن نَكَحَهَا.

فأنت طالق».. لا يقع الطلاق إلا قبيل الموت، بحيث لا يسع فيه «أنت طالق»؛ لتحقق الشرط في ذلك الوقت؛ لأنه: حال العجز عن الإيقاع حقيقة.

فإذا مات الزوج.. طلقت امرأته، وترث هي منه لو كانت مدخولة بها؛ لكونه فاراً، ولو كانت غير مدخولة بها.. لا ترث.

وإذا ماتت المرأة.. طلقت أيضاً في الظاهر، ولا يرث هو منها؛ لكون الفرقة من قِبَله.

وفي رواية «النوادر»: لا تطلق هي في صورة موتها.

وإنما الخلاف في أن المعلق بالشرط: هل ينعقد سبباً عنده، أو يصير سبباً عند وجود الشرط؟

وقوله: «إذا لم أطلقك فأنت طالق» مثل: «أن لم أطلقك فأنت طالق»؛ عند أبي حنيفة، ومثل: «متى لم أطلقك فأنت طالق» في وقوع الطلاق عند الفراغ عن التكلم بهذا اللفظ عند أبي يوسف ومحمد؛ لكون «إذا» بمعنى الوقت عندهما مثل «متى»، ولكونه مشتركاً بين الوقت والشرط؛ عند أبي حنيفة.

(أو مضافاً إلى الملك؛ كقوله لأجنبية: «إن نكحتك فأنت طالق».. فيقع إن نكحها).

واعلم: [٤٢٢/ب] أنّ إضافة الطلاق والعتاق والظهار ونحوها - مما يحتمل تعليقه بالشرط - إلى الملك.. جائزة عندنا، سواء كانت على الخصوص؛ كما ذكره المصنف، أو على العموم؛ كقوله: «كل امرأة أتزوّجها.. فهي طالق» أو «إن كلمت زيدا.. فكل امرأة أتزوجها فهي طالق».

وقال الشافعي: لا يجوز التعليق على ملك لا خصوصاً، ولا عموماً.

وهو قول ابن عباس؛ لما رواه عبد الله بن عمرو بن العاص: أنه ﷺ قال: «لا طلاق قبل النكاح».

ولأن المعلّق بالشرط: ينعقد سببا عنده، ووجود الملك.. شرط عند وجود السبب بالاتفاق؛ فإذا علق الطلاق ونحوه بالملك.. لزم وجود السبب بدون الملك.

قلنا: إن هذا تصرف يمين؛ لوجود الشرط والجزاء.. فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال.

ولا ينعقد سببا في الحال؛ كاليمين لا يكون سببا للكفارة؛ لأن التعليق يمنع انعقاد العلة عندنا.

ولا يصير المعلّق علّة للحكم إلا عند الشرط، والملك يتحقق عنده، وتنعقد العلة، ويقع الطلاق عقيبه.

وما رواه محمول على نفي التنجيز؛ على ما هو المأثور عن السلف.

وقال مالك: إن عمّم بأن قال: «كل امرأة أتزوجها طالق» ونحوه.. لا يجوز، وإن خصّص بلداً أو قبيلة بأن قال: «كل امرأة من مصر، أو من بني تميم، أو كل بِكر، أو ثيب أتزوجها طالق».. صح؛ لأن في التعميم سدّ باب النكاح على نفسه.. فلا يصح، بخلاف ما إذا قال: «كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمّي»، حيث يصح مع العموم ويصير مظاهراً إذا تزوج؛ لأن الحرمة ترفع بكفارتها، فلا سدّ فيه.

قلنا: لا نسلم أن باب النكاح ينسدّ عليه؛ لأن كلمة كل تقتضي التعميم دون التكرار، فيمكنه أن يتزوّجها بعدما وقع الطلاق عليها:

ثم المراد بالإضافة إلى الملك، هو التعليق به؛ فإن كان التّعليق به بصريح الشرط: مثل أن يقول: «إن تزوجت» ونحوه.. كان معلقا كيفما كان، وإن كان بمعنى الشرط: مثل أن يقول: «المرأة التي أتزوجها فهي طالق».. فإنما يعلق إذا كانت غير معينة.

وأما إذا كانت المرأة معينة؛ مثل أن يقول: «هذه التي أتزوجها طالق».. فلا يصح، حتى لو تزوجها.. لا يقع الطلاق؛ لأنه عرفها بالإشارة، ولا يراعى فيها الصفة، وهو التزوج، فبقي قوله: «هذه المرأة طالق»؛ كذا في «الزيلعي».

وقال في «البحر» عن «الذخيرة»: إن التعريف بالاسم والنسب: كالتعريف بالإشارة، فلو قال: «فلانة بنت فلان أتزوجها طالق»، فتزوجها.. لم تطلق؛ لعدم صحة التعليق.

ثم اعلم: أن لصحة التعليق شروطا أخرى غير ما ذكر:

منها: كون الشرط معدوماً على خطر الوجود، حتى لو كان محقق الوجود؛ كقوله: «أنت طالق إن كانت السماء فوقنا»، يكون تنجيزاً لا تعليقا.. فتطلق في الحال، ولو كان محالا: كقوله: «أنت طالق إن كان شريك الباري موجوداً».. لا يقع أصلا؛ لأن غرضه منه: تحقيق النفي، حيث علّقه بأمر محال، وهذا بناء على أن إمكان البر.. شرط لانعقاد اليمين عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

ومن فروع هذا: ما ذكر في «الخانية»: أنه لو قال لها: «إن لم تردي [٤٢٣/أ] عليّ الدينار الذي أخذته من كيسي فأنت طالق»؛ فإذا الدينار في كيسه.. لا تطلق امرأته؛ لأنه تعليق بالمحال.

ولو قال: «إن حضت وهي حائض، أو مرضت وهي مريضة».. فعلى حيضة مستقبلة، ولو قال لصحيحة: «إن صححت فأنت طالق».. طلقت الساعة، وكذا لو قال: «إن أبصرت أو سمعت»، وهي بصيرة أو سميعة؛ لأن الصحة والسمع والبصر: أمر يمتد.. فكان لبقائها حكم الابتداء، بخلاف الحيض والمرض؛ فإنهما ممّا لا يمتد.

وبهذا علم أن قولهم: «إن ما كان محققا تنجيز».. ليس على إطلاقه، بل فيما لبقائه حكم ابتدائه.

وَلَو قَالَ للأَجنبيَّةِ: «إِن زُرتِ فَأَنتِ طَالِقٌ»، فنكحها، فزارت.. لَا تطلقُ.

ومنها: **أن لا يفصل بين الشرط والجزاء بأجنبي**، حتى لو كان الفاصل ملائما وذكر لإعلام المخاطبة ولتأكيد ما خاطبها به بمعنى قائم في المنادى.. لا يضر؛ لما في «البزازية»: أنه قال لامرأته: «أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار».. طلقت، ولا حدّ، ولا لعان؛ كقوله: «أنت طالق يا طالق إن دخلت الدّار».. تطلق بالأوّل والثاني باطل، وإنما لا يلزم الحدّ؛ لأن الطلاق وقع بدخول الدار؛ لأنه معلّق به، ولا يصير يا زانية فاصلا؛ لأنه نداء.

وفي «البحر»: ولا حدّ، ولا لعان فيه؛ لأنه ذكر لتأكيد ما خاطبها به، كقوله: «يا زينب»، بخلاف قوله: «يا زانية أنت طالق إن دخلت الدار»؛ فإنه قاذف عليه اللعان، ولا يلزمه الطلاق بلا دخول.

ومنها: **وجود رابط حرف الفاء**؛ على ما سيأتي.

ومنها: **أن لا يسكت بين الشرط والجزاء.**

ثم اعلم: أن عبارة «الكنز»؛ أعني قوله: «فتقع بعده».. أولى من قول المصنف: «فيقع إن نكحها»؛ لأن ما في «الكنز»: صريح في الدلالة؛ على ما هو المختار، من أن الحكم يتأخر عن وقوع الشرط، والطّلاق المقارن للنكاح لا يقع.

حتى لو قال: «أنت طالق مع نكاحك، أو في نكاحك».. لا يقع؛ لأن الطّلاق ينافي النّكاح، فلا يتصور أن يثبت الشيء مع منافيه.

وكذا لو قال لها: «تزوجتك على أنك طالق».. صح النكاح ولم يقع شيء؛ لأنه تعذر اعتباره بدلاً أو شرطاً؛ لأن البدل يقارن، والشرط يتقدم.. فلغا هذا الشرط وصح النكاح، بخلاف عبارة المصنف: فإنها عارية عن هذه الدّلالة.

(**ولو قال للأجنبيّة: «إن زرت**) - قال في «المصباح»: الزيارة في العرف: قصد المزور إكراماً له استئناسا، فلو حلف أنه لا يزوره، فلقيه من غير قصد وإكرام له.. لا يحنث - (**فأنت طالق» فنكحها، فزارت.. لا تطلق**)؛ لأن تعليق الطلاق: لا يصح إلّا

بأن يكون الحالف مالكا له، أو يضيفه إلى ملك، أو سببه؛ كالتزوج والنكاح والشراء؛ لأن الجزاء لا بد أن يكون غالب الوجود؛ ليكون مخيفا بوقوعه، فيتحقق معنى اليمين، وهو قوة نزول الجزاء، ولا يكون غالب الوجود إلا بأحد هذين الأمرين، والحالف فيما نحن فيه: ليس بمالك، ولم يضفه إلى الملك وسببه.

فإن قيل: لم لا يجوز أن يقدر هكذا: «إن تزوّجتك وزرت فأنت طالق» صيانة عن الفاء، فالجواب: أن المقدر إمّا محذوف أو مقتضى، وليس بمحذوف؛ لأن المذكور ليس بمتوقف عليه لغة، ولا مقتضى [٤٢٣/ب]؛ لأن من شرطه أن يكون المقدّر أحطّ رتبة من المذكور، وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر، وكلاهما منتفيان ههنا:

أما الأول: فلأن التزوج أعلى رتبة من الزيارة.

وأما الثاني: فلأن الشرط قبل التصريح هو الزيارة وحدها، وبعده هي مع التزوج، فصار ما كان شرطا بعضا منه.

وقد يجاب: بأن اليمين مذموم به صاحبه، فلا يجوز تصحيح الكلام على وجه يؤدي إلى ذم صاحبه، وهو ضعيف؛ لأنه قد يكون ممدوحا أيضا شرعا؛ كما إذا قال: «إن اشتريتك ودخلت الدار فأنت حرّ».

إذا عرفت هذا.. فاعلم: أنه لو قال: «كل امرأة أجتمع معها في فراش فهي طالق»، فتزوج امرأة.. لا تطلق، ولو قال: «كلّ جارية أطؤها فهي حرّة»، فاشترى جارية فوطئها.. لا تعتق؛ لأنه لم يضف الطلاق والعتق إلى الملك.. فلا يصح التعليق، بخلاف ما لو قال لأجنبية: «إن طلقتك فعبدي حرّ»؛ فإنه يصح تعليقه، ويصير كأنه قال: «إن تزوّجتك وطلقتك فعبدي حرّ» بطريق الاقتضاء.

ولو قال لوالديه: «إن زوجتماني امرأة فهي طالق ثلاثة»، فزوجاه امرأة بغير أمره.. لا تطلق؛ لأن التعليق لم يصح؛ لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح؛ لعدم أمره إيّاهما بالتزويج عند التعليق؛ كذا في «البحر» نقلا عن «المحيط».

وألفاظُ الشَّرْطِ: «إِن، وَإِذا، وَإِذمَا، وكل، وَكلَّما، وَمَتى، وَمَتى مَا.. ....

ثم نقل عن «المعراج»: أنه لو قال لغيره: «إن زوجتني امرأة فهي طالق» فزوجها بأمره أو بغيره.. لا تطلق؛ لأن التعليق لم يصح. انتهى.

فعلم منه: أنه لا حاجة إلى تقييده بغير أمره؛ كما وقع فيما نقل عن «المحيط».

ولو قال: «إن تزوجت امرأة، أو أمرت من يزوّجنيها فهي طالق»، ثم أمر إنسانا فزوّجها إياه ذلك المأمور.. لا تطلق امرأة الحالف؛ لأنه حنث بمجرد أمره لا إلى جزاء وانحل؛ لأن التعليق بالأمر ليس تعليقا بالملك.

وهذا نظير ما روي عن أبي يوسف: لو قال رجل: «إن تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق» فخطب تلك امرأة وتزوجها.. لا يحنث بالتزوج؛ لأنه حنث بالخطبة لا إلى جزاء؛ لما ذكرناه.

ولو قال: «إن تزوجت فلانة فهي طالق، وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق»، فأمر إنسانا فزوجها المأمور له.. طلقت؛ لأنهما يمينان، فانحلال أحدهما: أعني اليمين على الأمر.. لا يوجب انحلال الآخر.

ولو قال: «إن تزوجت، وإن أمرت من يزوجنيها فهي طالق»، فأمر فزوجها منه.. لم تطلق؛ لأن اليمين واحد، والشرط شيئان: الأمر والتزوج؛ فبمجرد الأمر.. لا ينحل اليمين، وكذا لو تزوجها من غير أن يأمر أحدا بذلك.. لا تطلق؛ لأنه بعض الشرط؛ فإن أمر بعد ذلك رجلا، فقال: «زوجني فلانة» وهي امرأته على حالها.. طلقت؛ لأنه كل الشرط؛ كذا في «البزازية» و«البحر».

(**وألفاظ الشرط: إن، وإذا، وإذما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما**)؛ لأنها سمعت مستعملة في مواضع الشرط، وطريق معرفة الموضوعات اللغوية: هو السّمع.

ثم كلمة «إن» حرف للشرط؛ لأنه ليس فيها معنى الوقت والظرف، وغيرها ملحق بها؛ لما فيها من معنى الوقت والظرف، فلم يتمحض للشرط.

وكلمة «كلّ» ليس بشرط حقيقة [٤٢٤/أ] لأنّ ما يليها اسم، والشرط: ما يتعلق به الجزاء، والأجزئة: تتعلّق بالأفعال، إلا أنّه ألحق بالشروط؛ لتعلّق الفعل بالاسم الذي يليها؛ مثل قولك: «كل عبد اشتريته فهو حرّ».

ومن جملة ألفاظ الشرط: «لو، ومَن، وأيّان، وأين، وأنّا».

إلا: أن «لو» للشرط وضعاً، مثل «إن»، وهذه الخمسة: ملحقة بها، وإنما لم يذكر كلمة «لو» مع أنها أصل في الشرط؛ مثل «إن»: لأن كلمة «لو» تعمل عمل الشرط معنىً لا لفظاً، حتى لا تجزم، وهذه الألفاظ: تعمل عمله لفظا ومعنى، فإنها في موضع الجزم.. تجزم، وفي غير مواضع الجزم.. لزم دخول الفاء في جوابهن، بخلاف «لو»؛ كذا في «النهاية».

وقد يقال: إن التعليق يمين، واليمين يعقد للحمل أو المنع، وذلك إنما يكون في المستقبل، و«لو» موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي.. فلا مدخل له في ذلك؛ كذا في «العناية».

واعلم: أنّ الجواب إذا تأخر عن الشرط.. يكون بالفاء؛ إن لم يؤثّر فيه الشّرط لا لفظاً ولا معنىً، وذلك في سبع مواضع؛ على ما في «الزيلعي»، وإذا تقدّم.. فلا يدخل فيه الفاء.

واختلفوا فيه: هل هو الجزاء، أو يقدّر الجزاء بعد الشرط على وفق المقدّم؟

فلو قال لامرأته: «إن دخلت الدّار فأنت طالق».. طلقت بدخولها الدّار؛ لأنه تعليق.

ولو قال لها: «إن دخلت الدار أنت طالق».. طلقت للحال؛ لأنه تنجيز لا تعليق؛ لعدم الرابط وهو الفاء.

وإن نوى تعليقه.. يديّن فيما بينه وبين الله، لا في القضاء.

وكذا إن نوى تقديمه يديّن.

وفي رواية عن أبي يوسف: أنه تعليق لا تنجيز؛ حملا لكلامه على الفائدة، وهو أولى من إلغائه، فيُضَمَّن الفاء.

ويبطل هذه الرواية: ما جاء بالواو؛ فإنه تنجيز لا تعليق، والشرط لغو، مع أنه يمكن تعليقه.

حتى لو نواه يديّن فيما بينه وبين الله.

وفي القضاء روايتان: على ما في «الزيلعي» نقلا عن «الغاية» وتوضيحه ما في «الخاينة»: أنه إذا قال: «وإن دخلت الدار أنت طالق».. تطلق للحال، وإن عنى التعليق.. ديّن فيما بينه وبين الله.

وكذلك إذا قال لها: «أنت طالق وإن دخلت الدار».. فإنها تطلق للحال؛ لأن الواو في مثل هذا للتحقيق، ومعنى كلام الزوج: «أنت طالق على كل حال»، وإن عنى التعليق.. لا يدين أصلا لا في القضاء، ولا فيما بينه وبين الله.

ولم يذكر محمّد ما إذا نوى به بيان الحال، ومعناه: «أنت طالق في حال دخولك الدار».

وحكي عن الكرخي أنه قال: يجب أن تصح نيته. انتهى.

وإذا تقدم الجواب على الشرط.. فالتعليق صحيح وإن لم يذكر الفاء؛ إذا لم يتخلل بينهما سكوت، فلو قال لها: «أنت طالق إن دخلت الدار».. طلقت بالدخول وإن لم يذكر الفاء؛ كذا في «الخاينة».

وقال في «الزيلعي»: إذا تقدم الجواب.. فلا يدخل فيه الفاء، ولو أدخل الفاء فيه.. لا رواية فيه.

ويمكن أن يقال: إنه تنجيز؛ لأن الفاء فاصلة، ويمكن أن يقال: إنه تعليق؛ لأن الفاء حرف تعليق، فما في «الخانية»: محمول على القول الثاني.

فَفِي جَمِيعِهَا إِذا وُجدَ الشَّرْطُ.. انْتَهَتِ الْيَمينُ.

إِلاّ فِي «كُلّما».. فَإِنَّهَا تَنْتَهِي فِيهَا بعدَ الثَّلَاثِ، مَا لم تدخلْ على التَّزَوُّجِ؛

ولو قال لها: «أنت طالق»، ولم يذكر بعده فعلاً.. لم يذكر محمّد هذه المسألة في الظاهر، وفي «نوادره»: [٤٢٤/ب] المسألة مذكورة على الخلاف؛ على قول محمّد: يقع الطّلاق، وعلى قول أبي يوسف: لا يقع.

(**ففي جميعها**)؛ أي: جميع صور ألفاظ الشرط: (**إذا وجد الشّرط**)، ولو في غير ملكه؛ لأن الملك ليس بشرط في انحلال اليمين؛ على ما سيصرح به (.. **انتهت اليمين**)؛ لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة.

فبوجود الفعل مرة.. يتم الشرط ويوجد الحنث، ولا بقاء لليمين بدون الشرط، فلا يتصور الحنث مرة أخرى إلا بيمين أخرى، أو بعموم تلك اليمين، ولا عموم لها.

فلو قال لها: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا»، ثم طلّقها واحدة قبل الدخول، ثم وجد الدخول بعد انقضاء العدة، ثم نكحها ثانيا.. لم يقع عليها الثلاث بالدخول؛ لانتهاء اليمين بالدخول مرّة، والملك ليس بشرط لانحلال اليمين.

(**إلّا في «كلّما» فإنها تنتهي فيها بعد الثلاث ما لم تدخل على التزوج**) فإنها تقتضي تعميم الأفعال؛ كما في قوله تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم﴾ الآية.

ومن ضرورة التعميم: التكرار؛ فإذا وجد الفعل مرة.. حنث وانحلت اليمين في حقّه، ولا يتصور عود ذلك الفعل بعده، وبقيت في حق غيره من الأفعال.. فيحنث كلّما وجد الفعل المحلوف؛ لأنه غير الأول، غير أن المحلوف عليه: طلقات هذا الملك.. فينتهي اليمين بتناهيه، فيتكرر إلى الثلاث، فينتهي عنده؛ لانتهاء الملك.

فإن: تزوّجها بعد زواج آخر وتكرر الشرط.. لم يقع شيء؛ لعدم بقاء الملك الأوّل واليمين، إلا أن يدخل على التزوج؛ فإنه حنث بكلّ مرّة وإن كان بعد زواج آخر؛ لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج، وهو غير محصور.

فإن قيل: إن كلمة «كل» قد عد من ألفاظ الشرط أيضا، وعند وجود الشرط مرّة.. لم ينته اليمين فيه أيضاً؛ فإن من قال: «كل امرأة أتزوّجها فهي طالق» فتزوج امرأة.. طلقت، ولو تزوج امرأة أخرى.. طلقت أيضا، وهكذا، فلم ينته اليمين في «كل» كما في «كلّما» فكان الواجب أن يدخلها في الاستثناء.

أجيب: بأن شرطية هذه الألفاظ: إنما هي باعتبار ما يليها من الأفعال؛ كما أن تعميمها باعتبار تلك الأفعال، وبهذا الاعتبار: قد انتهت اليمين، ولهذا، لو تزوج تلك المرأة ثانيا.. لم تطلق، وعدم الانتهاء باعتبار عموم الأسماء لم ينشأ من منشأ الشرط، فلهذا لم يدخلها في الاستثناء.

وذكر في «الغاية»: رجل قال لنسوة له: «من دخل منكن الدار فهي طالق» فدخلت واحدة منهن مرارا.. طلقت بكلّ واحدة تطليقة؛ لأن الفعل وهو الدخول: أضيف إلى جماعة فيراد به تعميم الفعل عرفاً مرة بعد أخرى؛ كقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ﴾ الآية، أفاد العموم.

ويدل عليه ما في «السير الكبير»: إذا قال الإمام: «من قتل قتيلا فله سلبه» فقتل واحد قتيلين.. فله سلبهما. انتهى.

فعلى هذا: ينبغي أن يدخل «مَن» في الاستثناء المذكور، لكن استشكله في «الزيلعي»: بأن عموم الصيد؛ لكون الواجب فيه مُقَدَّراً بقيمة المقتول، فتختلف القيم باختلاف المقتول، لا لكلمة «من»، وفي السلب: بدلالة حاله، وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل.

قيل: إنّ «متى» يقتضي التكرار مثل «كلما»، وفي [٤٢٥/أ] «المحيط» و«جوامع الفقه»: لو قال: «أيّ امرأة أتزوّجها».. فهي على امرأة واحدة، بخلاف: «كلّ امرأة أتزوّجها» حيث يعمّ بعموم الصفة.

واستشكله أيضا في «الزيلعي»: بأنه يعم قوله: «أي امرأة أتزوّجها» بعموم

فَلَو قَالَ: «كلَّما تزوَّجتُ امْرَأَةً فَهِيَ طَالِقٌ».. تطلُق بِكُلِّ تزوُّجٍ، وَلَو بعدَ زوجٍ آخرَ.

الصفة. وقال في «الخانية»: لو قال: «أيّ امرأة أتزوجها فهي طالق».. يقع على امرأة واحدة، إلا أن ينوي العموم، وهكذا ذكره في الفصل الرابع من إيمان «الخلاصة» أيضا.

ثم قال فيه: لو قال: «أيّ امرأة زوّجت نفسها مني فهي طالق».. يتناول جميع النساء. انتهى.

والفرق بين المسألتين: أن كلمة «أيّ» خاصة في الأولى وعامة في الثانية بعموم صفتها، وهي التزوج في الأولى: صفةُ المتكلم، وهو خاص، فكذا صفته. وصفةٌ «لأيّ» في الثانية؛ لرجوع صيّره إليه.. فيكون عاما.

وكذا لو قال: «أية نسائي كلمتها فهي طالق» فكلّمهن.. طلقت واحدة، إلا أن ينوي الجميع.

ولو قال: «أية نسائي كلمتك فهي طالق» فكلمنه جميعا.. طلقن جميعا؛ لما ذكرناه من الفرق في المسألة الأولى.

وله نظائر: (**فلو قال: «كلّما تزوّجت امرأة فهي طالق».. تطلق بكلّ تزوج، ولو بعد زوج آخر**)؛ لما ذكرناه آنفا.

وعن أبي يوسف: أنه إذا قال: «كلما تزوّجت امرأة فهي طالق» فتزوج امرأة.. طلقت؛ فإن تزوجها ثانيا.. لم تطلق، ولا يحنث في امرأة واحدة مرتين، كما في كلمة «كلّ».

ولو قال: «كلما تزوّجت فلانة».. تكرر دائما، فَرَّقَ بين المعينة وغير المعينة.

واستوضح ذلك بما إذا قال: «كلّما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة» أو «كلما ركبت هذه الدابة فعليّ صدقة كذا».. يلزمه بكلّ مرة ما التزم.

وَإن قَالَ: «كلَّما دَخَلْت فَأَنْتِ طَالِقٌ».. لا تطلق بَعْدَ الثَّلاث وَزَوْج آخرَ

ولو قال: «كلما اشتريت ثوبا، أو كلّما ركبت دابة فعليّ كذا».. لا يلزمه إلا مرة واحدة.

وقال في «قاضي خان»: رجل قيل له: «ألك امرأة غير هذه»، فقال: «كل امرأة لي فهي طالق».. لا تطلق امرأته، وهذا، بخلاف ما إذا قالت المرأة لزوجها: «إنك تريد أن تتزوج عليّ»، فقال: «إن تزوجت امرأة فهي طالق» وأبانها، ثم تزوجها.. تطلق مرة أخرى.

وكذا لو قالت له امرأته: «إنك تزوجت عليّ امرأة»، فقال: «كلّ امرأة طالق».. تطلق المخاطبة، إلا رواية عن أبي يوسف.

والفرق: أن كلام الزوج في هاتين المسألتين؛ بناء على كلام المرأة، فيدخل في كلامه ما دخل في كلام المرأة، والمذكور في كلام المرأة في المسألتين: امرأة، وهذا الاسم يتناول أيّ امرأة كانت.. فتدخل المخاطبة في كلام الزوج في المسألتين، وأما في المسألة الأولى: قول السائل: «ألك امرأة غير هذه» لا يتناول المرأة بحال، فلا يتناولها جواب الزوج. انتهى.

(**وإن قال: «كلّما دخلت فأنت طالق».. لا تطلق بعد الثلاث وزوج آخر**)؛ لما ذكرناه من أن المحلوف عليه طلقات هذا الملك.. فينتهي بانتهائه.

قال في «البزازية»: «كلما طلقتك فأنت طالق»، ثم طلّقها واحدة.. يقع اثنتين، بخلاف ما لو قال: «كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق»، ثم طلّقها، حيث يقع الثلاث؛ لأن الطلاق معلّق بالوقوع، وقد تكرّر الوقوع فيتكرر الطّلاق، إلّا [٤٢٥/ب] أنّ الطلاق لا مزيد له على الثلاث، وفي الأوّل: الطلاق معلّق بالإيقاع، ولم يوجد الإيقاع بعد الحلف إلّا مرّة.. فيقع واحدة بحكم الإيقاع، والآخر بحكم التعليق.

ولو قال: «إذا طلقتك فأنت طالق وإذا لم أطلقك فأنت طالق»، فلم يطلّقها حتى ماتت.. وقع اثنتين؛ لأنه وقع اليأس عن التطليقة.. فوقع باليمين الثانية، ووقع أخرى باليمين الأول.

ولو قال: «إذا لم أطلّقك فأنت طالق وإذا طلقتك فأنت طالق» ولم يطلّقها حتّى مات.. يقع واحدة؛ لأن شرط وقوع الطّلاق باليمين الثاني: طلاق بإيقاع بعد اليمين الثاني ولم يوجد.

واعلم: أنه لو قال: «كلما تزوّجت امرأة فهي طالق» أو قال: «كلّ امرأة أتزوجها فهي طالق» أو قال: «إن فعلت كذا فكل امرأة أتزوّجها فهي طالق»، ثم أراد التزوج من غير وقوع الطّلاق، فالحيلة فيه: أن يزوجه فضوليّ ويقبله هو بالفعل؛ بسوق المهر إليها، لا بالوطء أو القبلة؛ لأنه حرام قبل نفوذ العقد.

وههنا حيلة أخرى والفتوى على ما ذكرناه.

ولو بعث إليها هدية.. لم يكن إجازة؛ لعدم اختصاصها بالنكاح، بخلاف سوق المهر.

ولو بعث إليها شيئا من المهر ولم يدفعه المأمور إليها.. لا رواية فيه، وقيل: يكون إجازة.

ولو دفع وقال: «إنه مهرك».. فإجازة قولاً.

والتقبيل: إجازة، لكنه حرام قبل النفوذ.

والخلوة بها: إجازة.

وبعث النفقة: لا؛ لما ذكرناه من عدم الاختصاص بالنكاح.

ولو حلف أن لا يتزوجها فزوجه فضوليّ، ثم تزوّجها بنفسه.. لا يحنث؛ كما لو حلف لا يدخل هذه الدار فأدخله غيره، ثم دخل بنفسه؛ كذا في «البزازية».

هذا إذا زوجه الفضولي بعد اليمين.

وَزَوَالُ الْمِلكِ لَا يبطلُ الْيَمينَ.

وأما لو زوجه فضولي امرأة، ثم حلف ان لا يتزوج امرأة فأجاز ذلك النكاح الفضولي ولو بالقول.. لا يحنث؛ لأن الإجازة ليست بعقد؛ على ما في «البزازية».

وفيها أيضا: أن نكاح الفضولي والقَبُول فعلا: أولى من فسخ اليمين في زماننا، وينبغي أن يجيء إلى عالم ويقول له ما حلف واحتياجه إلى نكاح الفضولي فيزوجه العالم امرأة ويجيز بالفعل، أو قال لجماعة: «لي حاجة إلى نكاح الفضولي» فزوجه واحد منهم وأجازه فعلاً.

وأما إذا قال لرجل: «اعقد لي عقد فضولي»؛ فإنه يكون توكيلاً.. فيحنث به.

ولو قال: «كل امرأة وأتزوجها أو يزوجها إلي غيري لأجلي فهي طالق» فالحيلة فيه: أن يزوجها فضولي، ثم يتزوجها بنفسه.. فلا يقع الطّلاق لانحلال اليمين.

(**وزوال الملك لا يبطل اليمين**) والمراد: زواله بطلقة أو طلقتين؛ لأن زواله بطلقات ثلاث يبطلها؛ على ما سيصرّح به بقوله: «ويُبْطِل تنجيزَ الثلاث تعليقُه» يعني: لو علّق طلاق امرأته بشرط، ثم طلّقها قبل وجود الشرط في ملكه طلقة واحدة أو ثنتين، رجعياً كان أو بائناً، وانقضت عدتها قبل وجود الشرط.. لم يبطل اليمين؛ لأن بقاءه بالشرط والجزاء، والشرطُ باقٍ على ما هو المفروض، وكذا الجزاء؛ لبقاء محلّه وهو المرأة فيبقى اليمين على ما كانت في محلّها، وهو ذمّة الحالف؛ لأنه لا يحتاج إلى الملك ابتداء؛ بدليل جواز: إن تزوجتك فأنت طالق» [٤٢٦/أ].

وأمّا لو طلّقها بعد التّعليق قبل وجود الشرط بطلقات ثلاث.. فيبطل اليمين، إلا إذا كان التعليق بالملك أو بسببه؛ على ما مرّ: أنها حينئذ لا تبطل بالثلاث؛ لأن صحّة هذا اليمين باعتبار ملك سيحدث؛ على ما مرّ، كذا في «الزيلعي».

فلو قال لامرأته: «إن دخلت الدّار فأنت طالق»، ثم طلّقها واحدة أو اثنتين وانقضت عدّتها قبل وجود الشرط، ثم تزوّجها، ثم دخلت الدّار.. طلّقت؛ لبقاء اليمين.

ولو طلّقها بثلاث تطليقات قبل وجود الشرط، ثم تزوّجها بعد زواج آخر، ثم دخلت الدّار.. لم تطلق بالدّخول؛ لبطلان اليمين بالثلاث.

ولو قال: «إن تزوّجت فلانة فهي طالق»، ثم طلق فلانة قبل تزوجها بثلاث تطليقات، ثم تزوجها.. طلقت واحدة لبقاء اليمين؛ لأن الطلقات الثلاث كانت قبل حدوث الملك، فلا عبرة بها.

وفي «الخانية»: لو قال لها: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا»، ثم طلقها ثلاثاً، ثم عادت إليه بعد زوج آخر فدخلت الدار.. لم يقع شيء.

وقال زفر: يقع الثلاث، أطلق الملك: فشمل ملك النكاح وملك اليمين.

حتى لو قال لعبده: «إن دخلت الدّار فأنت حرّ» فباعه، ثم اشتراه، ثم دخل الدار.. عتق؛ على ما في «البحر».

وقيد بزوال الملك دون إمكان البر؛ لأن زوال إمكان البرّ مبطل لليمين؛ لأن إمكانه شرط لصحة الحلف، حتى لو حلف «والله لأمسّ السّماء».. تجب الكفارة على ما سيأتي في الأيمان، وهذا: لأن الأصل وهو البرّ ممكن في حقّ البشر؛ كما كان للنبي ﷺ فينعقد اليمين ويلزمه الكفارة للحنث بفوت الأصل، بخلاف ما لو حلف: «لأشربنّ الماء الذي في هذا الكوز»، ولا ماء فيه.. لا تجب الكفارة؛ لعدم إمكان الأصل وهو البرّ.. فلا حنث.

ولو حلف: «لأقتلنّ فلانا» وهو ميّت، أو «ليقلبنّ الحجر ذهبا».. تجب الكفارة؛ لإمكان الأصل بإمكان إعادة حياته؛ كما وقع في حق الأنبياء.

وتقدير: «أن خلقه الله» في قوله: «لأشربن الماء الذي في هذا الكوز».. غير ممكن؛ لأن الماء الذي في هذا الكوز إشارة إلى موجود؛ لكونه مشاراً إليه، وتقدير الشرط يقتضي عدمه، فيلزم اتصاف الشيء بالوجود والعدم وهو محال.

ولو قال: «إن لم أدفع إليك الدينار الذي عليّ إلى شهر فعبدي حرّ» فأبرأه قبل

الشهر.. بطل اليمين؛ لعدم إمكان الأصل، فلم يحنث، كذا قالوا.

وفي «القنية»: إن لم يخرب بيت فلان غدا، فقُيِّد ومُنِع، فلم يخربه حتى مضى الغد، اختلف فيه، والمختار للفتوى: الحنث.

قال لها وهي في بيت أمّها: «إن لم أذهب بك إلى داري فأنت طالق ثلاثاً» فأخرجها من دار أمّها ففرت منه، فلم يقدر على أخذها.. وقع الثلاث.

حلف «لا يسكن هذه الدّار» فأوثق، فلم يقدر على الخروج إلا بطرح نفسه من الحائط.. لم يحنث.

حلف «لا يسكنها» فخرج فوجد بابه مغلقا بحيث لا يمكنه فتحه.. يحنث، وقيل: لا يحنث.

ولو حلف «إن لم يخرج من هذا المنزل اليوم» فقيد ومنع.. حنث.

وكذا لو قال لها في منزل والدها: «إن لم تحضري منزلي الليلة فأنت طالق» فمنعها الوالد [٤٢٦/ب] من الحضور.. تطلق، هو: المختار.

ولو قال لأصحابه: «إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلي فكذا» فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم العسس فحبسهم.. لا يحنث.

قال لها: «اذهبي إلى فلان واستردي منه كذا واحمليه إلي الساعة، وإن لم تحملي به هذه السّاعة إليّ فأنت طالق» فذهبت إليه ولم تقدر على استرداده إلا في اليوم الثاني.. حنث.

وقيل: ينبغي أن لا يحنث، وعجزها عن الاسترداد كالقيد في المسألة المتقدمة.

وعن أبي يوسف: «ليركبنّ هذه الدّابة اليوم» فأوثق وحبس حتى مضى اليوم.. حنث، وعلى قياس مسألة السّكنى.. لا يحنث.

«إن لم أعمل هذه السَّنَة بتمامها في المزارعة فهي طالق»، ثم مرض، فلم يتم.. حنث، ولو حبسه السّلطان.. لا يحنث.

وَالْمِلْكُ شَرطٌ لِوُقُوعِ الطَّلَاقِ الْمُعَلَّقِ، لَا لانحلالِ الْيَمينِ؛ فَإِن وَجِدَ الشَّرْطُ فِيهِ.. انْحَلَّتِ الْيَمينُ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ، وإلاّ.. انْحَلَّت وَلَا يَقعُ.

ولو قال لها: «إن لم تردّي ثوبي الساعة فأنت طالق» فأخذه هو قبل أن تدفع إليه.. لا يحنث، وقيل: يحنث.

ومثله «إن لم تجيئي بفلان فأنت طالق» فجاء فلان من جانب آخر بنفسه، فالحاصل: أنه متى عجز عن الفعل المحلوف عليه واليمين مؤقّتة.. بطلت عند أبي حنيفة ومحمّد، خلافاً لأبي يوسف. انتهى.

والأصل ههنا: إمكان البر وعدم إمكانه في نفسه.

(**والملك شرط لوقوع الطلاق المعلق**) ونحوه من العتاق وغيره، وهذا: لأن بزوال الملك لم يبق محلّا للطلاق، فلا بدّ منه (**لا لانحلال اليمين**) لما ذكرناه.

(**فإن وجد الشرط فيه**)؛ أي في الملك؛ كما إذا قال لامرأته: «إن دخلت الدار فأنت طالق» فدخلت الدار قبل الطلاق، أو طلّقها بعد التعليق، ثم تزوجها، ثم دخلت الدار، ففي الصورتين (.. **انحلت اليمين**) بوجود الشرط.

حتى لو دخلت مرّة أخرى.. لا يقع الطلاق؛ لأن اللفظ لا يدل على التكرار، فبوجود الشرط مرة: بطل اليمين (**ووقع الطلاق**)؛ لأن الشرط وجد في الملك، والمحل: قابل للجزاء فينزل.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يوجد الشرط في الملك كما إذا وجد قبل التزوج ثانياً بعد التطليق (.. **انحلت**) اليمين؛ لوجود الشرط.

حتى لو قال: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا» فطلّقها واحدة، وانقضت عدّتها، ثم دخلت الدار.. انحلت اليمين لوجود الشرط، والملك ليس بشرط لانحلالها، حتى لو نكحها ثانيا، ثم دخلت الدار.. لا يقع عليها الطّلاق من جهة تلك اليمين؛ لانحلالها.

(**ولا يقع**) الطلاق لانعدام المحلّ.

وَإِن اخْتلفَا فِي وجودِ الشَّرْطِ.. فَالْقَوْلُ لَهُ،

(**وإن اختلفا في وجود الشرط**)، فقالت المرأة: وجد الشرط في الملك فوقع الطلاق، وقال الزوج بخلافه (.. **فالقول له**) مع يمينه، سواء كان الظاهر شاهداً له أو لها؛ لأنه ينكر وقوع الطلاق وهي تدعيه.. فالقول قول المنكر.

حتى لو قال لها: «إن لم تدخلي هذه الدار اليوم فأنت طالق» فقالت: لم أدخلها، وقال الزوج: بل دخلتها.. فالقول له؛ لأنه منكر للسبب، وإن كان الظاهر شاهداً لها؛ أعني عدم الدخول.

وكذا لو قال لها: «إن لم أجامعك في حيضتك».. فالقول له؛ لكونه منكراً للسبب، وإن كان الظاهر شاهداً لها؛ أعني أن الأصل عدم الجماع، سيّما وقت الحيض؛ لأنه حرام فيه؛ كذا في «الزيلعي» [٤٢٧/أ].

ولو قال لها: «أنت طالق للسنة»، ثم قال لها: «جامعتك في حيضتك» فأنكرت.. فالقول قولها إن كانت طاهرة؛ لأنه يريد إبطال حكم واقع بعد وجود السّبب والمضاف إليه معاً.

أما الأوّل: فلأنّ المضاف سبب في الحال.

وأما الثّاني: فلأنّ الوقت وقت طلاق السنة على الفرض؛ كذا في «فتح القدير».

قيّده بقوله: «إن كانت طاهرة»؛ لأنها إن كانت حائضاً.. فالقول قول الزوج؛ لأنه يملك إنشاء الوطء، وإن كان حراماً شرعاً، فلا يتهم في قوله؛ كذا في «الزيلعي».

ويوضحه ما ذكره في «البحر» عزواً إلى «الكافي»: أنه قال لامرأته الموطوءة: «أنت طالق للسنة».. لا يقع إلا في طهر خال عن الطلاق والوطء، عقيب حيض خال عن الجماع والطّلاق؛ فإذا حاضت وطهرت وادعى الزوج جماعها أو طلاقها في الحيض.. لا يقبل قوله في منع الطلاق السني؛ لانعقاد المضاف سببا للحال، وإنما بتراخي حكمه فقط، فدعوى الطّلاق أو الجماع: بعد دعوى المانع.. فلا يقبل قوله في منع وقوع الطّلاق في الطهر، لكن يقع طلاق آخر بإقراره بالطلاق في الحيض.

وإن ادّعى الطّلاق أو الجماع وهي حائض.. صدق.

ولو قال: «إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق» فادعى الجماع في الحيض.. لا تطلق؛ لأنه علق الطّلاق بصريح الشّرط، والمعلّق بالشرط: إنما ينعقد سبباً عند الشرط؛ فإذا أنكر الشرط.. فقد أنكر السبب، فيقبل قوله.

وكذا لو قال: «والله لا أقربك أربعة أشهر» فمضت المدّة، ثم ادعى قربانها في المدة.. لا يقبل؛ لأن الإيلاء سبب في الحال، وإنما يتراخى حكمه؛ وهو الطلاق، إلى معنى المدّة، وقد مضت المدّة.. ووقع ظاهرا، فدعوى القربان في المدة: دعوى المانع.. فلا يعتبر.

ولو قال: «عبدي حر إن طلقتك»، ثم خيّرها، فقالت: «اخترت نفسي» في المجلس وادعى أنك أخذت بعمل آخر قبل الاختيار، وأنكرت.. وقع الطلاق والعتق؛ لأن سبب الطلاق وجد، والظاهر وقوعه، فدعواه الإعراضَ دعوى المبطل، فلا يقبل، وإذا ثبت الطلاق ثبت العتق أيضاً؛ لابتنائه عليه.

ولو باع عبده بالخيار ثلاثة أيام للبائع، ثم قال: «إن تم البيع بيننا فعبدي حر» فمضت مدّة الخيار، ثم ادعى النقض في المدة.. لا يقبل قوله، ويثبت الملك والعتق؛ لأن المدة إذا مضت.. فالظاهر ثبوت الملك.. نظراً إلى السبب، وإذا ثبت الملك.. ثبت العتق.

ولو قال: «إن لم أنقض البيع في الثلاث.. فعبدي حرّ» فادّعى النقض بعده.. لم يعتق؛ لإنكاره شرط العتق، والملك ثابت؛ لما مر. انتهى.

فظهر من هنا: أنّ كل موضع أنكر فيه انعقاد السبب.. فالقول له، وكل موضع ادّعى فيه المبطل بعد وجود السبب.. لا يقبل.

وذكر فيه أيضاً: من كتاب الأيمان: أنه لو قال: «كل أمة لي حرّة إلا أمّهات أولادي»، ثم ادعى أُمِّيَّة الولد فيهنّ.. لا يصدّق، سواء كان معهنّ ولد أو لا.

إِلاّ إِذا برهنت.

والأصل فيه: أنّ السيّد إذا أوجب العتق بلفظ [٤٢٧/ب] عام، واستثنى بوصف خاص، ثم ادّعى وجود ذلك الوصف؛ فإن كان الوصف عارضياً.. لا يقبل قوله، وإن كان أصلياً.. يقبل قوله؛ لأن القول لمن يتمسّك بالأصل.

وإن أوجب العتق بلفظ خاصّ، ثم أنكر وجود ذلك الوصف.. يقبل؛ لأنه ينكر الإعتاق أصلاً، وهناك أوجب العتق بلفظ عام واستثنى بوصف خاص عارضي، فكان مدّعياً إبطال العتق الثابت أصلاً.. فلم يصدّق، وقيام الولد لا يدلّ على صدق دعواه؛ لاحتمال أن يكون من غيره، ولكن يثبت نسب الولد منه؛ لحصول الدعوة في ملكه، ويعتق الولد، ولم تصر الأمة أمّ ولد؛ لأنها عتقت بالإيجاب العام.

ولو قال: «كلّ أمة لي حرّة إلّا أمة خبازة، أو اشتريتها من زيد، أو نكحتها البارحة، أو إلا ثيباً» وادعى ذلك الوصف.. لا يصدق؛ لأنه وصف عارضي، لكن القاضي يريها النساء؛ فإن قلن: «الثيب».. لا يعتق، ويحلف السيد؛ لأن شهادتهن ضعيفة، فلا بدّ من مؤيد، وهو حلف المولى، وإن قلن: «بكر»، أو أشكل عليهن.. عتقت بالإيجاب العام؛ لعدم ثبوت صفة المستثنى، ويجري هذا في الطلاق أيضاً، حتى لو قال: «كل امرأة لي طالق إلّا خبازة أو وطئتها البارحة» ونحوه، ثم ادّعى ذلك الوصف.. لا يقبل.

قال في «العمادي»: لو قال لها: «أمرك بيدك إن لم تصل النفقة إليك في وقت كذا»، ثم اختلفا في وصولها.. فالقول قولها على الأصح. انتهى.

وهكذا صحّح في «الخلاصة» و«البزازية».

وقيل: القول قوله في الوصول وبه جزم في «القنية».

وجه الأصحّ: أن كلّ موضع يدّعي الزوج فيه إيفاء حقّ وهي تنكر.. فالقول لها.

(إلا إذا برهنت) الزّوجة على دعواها؛ أعني الشرط، وهذا؛ لأنها نوّرت دعواها بالحجّة.. فتقبل.

أطلقه: فشمل ما إذا كان الشرط عدمياً؛ فإن برهانها عليه مقبول، وإن كان على النفي؛ لأن هذا مما يقبل فيه البينة على النفي؛ على ما في «الخلاصة» و«البزازية» و«الفصولين»؛ حيث قال فيه: الشرط يجوز إثباته ببينة.

ولو كان نفياً؛ كما لو قال لقنه: «إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر» فبرهن القنّ أنه لم يدخل.. يعتق.

ولو جعل أمرها بيدها إن ضربها بغير جناية، ثم ضربها، وقال: «ضربتها بجناية» وبرهنت هي أنه ضربها بلا جناية، ينبغي أن تقبل بينتها وإن على النفي؛ لكونها على الشرط.

حلف «إن لم تجئ صهرتي في هذه الليلة فامرأتي طالق» فشهد أنه حلف كذا ولم تجئ صهرته في تلك الليلة وطلقت امرأته.. تقبل؛ لأنها على النفي صورة وعلى إثبات الطّلاق حقيقة والعبرة للمقاصد لا للصور.

كما لو شهد أنه أسلم واستثنى وشهد آخران أنه أسلم ولم يستثن.. تقبل بينة إثبات الإسلام، ولو فيها نفي؛ إذ غرضها إثبات إسلامه. انتهى.

وقال في «البزازية»: لو شهدوا أنه طلق أو خالع بلا استثناء، أو شهدوا بأنه لم يستثن.. تقبل وإن كانت على النفي؛ لأنه في معنى أمر وجودي؛ لأنه عبارة عن ضم الشّفتين [٤٢٨/أ] عقيب التكلم بالموجب. انتهى.

فإن قيل: إنهم ذكروا في كتاب الأيمان: أنه لو قال: «عبده حرّ إن لم أحجّ العام» فشهدا بنحره بالكوفة في هذا العام.. لم يعتق عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن هذه الشهادة قامت على النفي معنى؛ لأنها بمعنى «لم يحج العام» فهذا التصريح منهم يدل على أن شهادة النفي لا تقبل على الشرط.

قلنا: إنهم اختلفوا في تعليل هذه المسألة، فعلّلها بعضهم بما ذكرناه، وهو مختار صاحب «الهداية»، وعلّلها بعضهم بأنها إنّما لم تقبل؛ لأن الدعوى شرط في

شهادة عتق القن ولم توجد الدعوى، فلم تقبل الشهادة عليه؛ لانتفاء شرطها، لا لقيامها على النفي، وهو مختار صاحب «الفصولين».

حتّى قال فيه: فعلى هذا: لو وضعت المسألة في الأمة ينبغي أن تعتق وفاقاً؛ إذ دعوى الأمة العتق لا تشترط في الشهادة، بل هي تقبل بلا دعوى منها حسبة لله:

كطلاق المرأة؛ فإن الشّهادة عليه مقبولة بلا دعوى منها حسبة؛ لأن فيه تحريم الفرج.

وكذا لا يشترط حضور المرأة والأمة وقت الشهادة، بل يكفي حضور الزوج والمولى، فعلى هذا: لا إشكال فيما نحن فيه، وإنما الإشكال فيه بناء على ما اختاره صاحب «الهداية»، لكن الأوجه: هو مختار صاحب «الفصولين»؛ لأنهم صرّحوا في مواضع أن الشهادة على الشرط مقبولة، ولو نفياً.

واعلم: أن المصنف لو قال: «إلا إذا شهدت الشهود».. لكان أولى؛ بناء على ما ذكرناه آنفا؛ من أن دعوى المرأة ليست بشرط في الشهادة على طلاق المرأة، وكلام المصنف يشعر اشتراطها.

فإن قيل: إنه قد صرح في «الفصولين» بعلامة الطحاوي: تحضر المرأة ليشير إليها الشهود فهذا يدلّ على اشتراط دعوى المرأة.

قلنا: ممنوع؛ لأن الحضور لمجرّد إشارة الشهود إليها لا يستلزم توقف الصحة على دعواها، ولا دعواها.

بقي الكلام في الاختلاف في الاستثناء، وفيه تفصيل ذكره في أواخر تعليق «قاضي خان»: قال: إذا ادعت المرأة الطلاق، وقال الزوج: «كنت قلت لها أنت طالق إن شاء الله» وكذبت المرأة في الاستثناء، ذكر في الروايات الظاهرة أن القول قول الزوج، وعند بعض المتأخرين.. لا يقبل قوله إلا ببينة.

فِيمَا لم يُعلَمُ إِلاّ مِنْهَا.. القَوْلُ لَهَا فِي حقِّ نَفسِهَا، لَا فِي حقِّ غَيرِهَا، فَلَو قَالَ: «إِن حِضْتِ فَأَنتِ طَالِقٌ، وفلانةٌ» فَقَالَت: «حِضْتُ».. طلقت هِيَ لَا فُلَانَةٌ.

ولو قال الزوج: «طلقتك أمس وقلت إن شاء الله» في ظاهر الرواية: يكون القول قول الزوج.

وذكر في «النوادر» خلافاً بين أبي يوسف ومحمّد، فقال: على قول أبي يوسف.. يقبل قول الزوج، ولا يقع الطّلاق، وعلى قول محمّد.. لا يقبل قول الزوج، ويقع الطلاق، وعليه الاعتماد والفتوى؛ احتياطاً لأمر الفرج في زمان غلب على الناس الفساد.

وإن خالع امرأته، ثم ادّعى الاستثناء في الخلع، في ظاهر الرواية: هذا والطلاق سواء، وإن ذكر البدل في الخلع فقال: «خالعتك على كذا» فقبلت، ثم ادعى الاستثناء: ذكر عصام وغيره: أنه لا يصدق قضاء. انتهى.

وإن اختلفا.

(فيما)؛ أي: في شرط (لم يعلم إلا منها)؛ أي: من جهة المرأة بإخبارها.. (القول لها) [٤٢٨/ب] (في حق نفسها)؛ لأنها أمينة في حق نفسها؛ إذ لا يعلم ذلك إلّا من جهتها فيقبل قولها؛ كما في حق العدّة بانقضائها أو بعدم انقضائها، وكما في حقّ الوطء: بأنها طاهرة فيحلّ وطؤها، أو حائض فيحرم وطؤها، أو بوطء الزوج الثاني.

(لا في حق غيرها)؛ لأنها شاهدة في حق غيرها، بل هي متّهمة، فلا يقبل قولها.

(فلو قال: «إن حضت فأنت طالق وفلانة» فقالت: «حضت» طلقت هي لا فلانة)، والقياس: أن لا يقع الطلاق عليها أيضاً؛ لأنها تدعي الحنثَ على الزّوج وَوُقوع الطّلاق، والزوج منكر، فيكون القول له، ولا تصدق المرأة إلا بحجّة؛ كما في سائر الشروط.

ووجه الاستحسان: أنّ هذا أمر لا يعرف إلّا من جهتها، وقد ترتب عليه حكم

شرعيّ، فيجب عليها أن تخبر كيلا يقع في الحرام، فيجب قبول قولها؛ ليخرج عن عهدة الواجب، ولأنها مأمورة بالإظهار بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾، ولو لم يقبل قولها.. لم يكن للإخبار فائدة.

واعلم: أنّ هذا فيما إذا كذبها الزّوج في قولها: «حضتُ»، وأما إذا صدّقها.. فإنه يقع طلاق فلانة أيضاً؛ لثبوت الحيض في حقّها بتصديقه، وفيما إذا أخبرت والحيض قائم.

وأما إذا انقطع، ثم أخبرت.. لا يقبل قولها في حقّ نفسها أيضاً؛ لأنه ضروريّ.. فيشترط فيه قيام الشرط؛ على ما في «الزيلعي».

فإن قيل: إنّ القياس: إما شمول الوجود، أو شمول العدم؛ لأنها إما حائض أو لا، فإن كانت حائضاً.. فقد وجد الشّرط، فيقع طلاقهما جميعاً، وإن لم تكن حائضاً.. لم يوجد الشّرط، فلا يقع طلاقهما أصلاً، واعتبار وجود الحيض في حقّها دون فلانة.. يستلزم كون الشيء موجوداً ومعدوماً في حالة واحدة، وهو محال.

أجيب: بأن الشرع أثبت لقولها: «حضت» في هذه الصّورة وصفين متغايرين، الأمانة والشهادة، ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما، وليس ذلك ببدع في الشرع، بل له نظير فيه:

كشهادة رجل وامرأتين: فإنها تقبل في السرقة لوجوب الضمان، ولا تقبل لوجوب الحد، ثم هذا في المرأة الواحدة؛ على ما أشار إليه بقوله: «إن حضت فأنت طالق».

وأما لو قال لامرأتيه: «إذا حضتما فأنتما طالقتان» فقالتا حضنا.. لم تطلق واحدة منهما، إلا أن يصدقهما، وإن صدق أحداهما وكذب الأخرى.. طلقت المكذبة.

وإن كن أربعاً والمسألة بحالها.. لم تطلق، إلا أن يصدّقهن.

وَكَذَا لَو قَالَ: «إِن كنتِ تحبّينَ عَذَابَ اللهِ فَأَنتِ طَالِقٌ وعبدي حرٌّ» فَقَالَت: «أُحبُّ» طلُقَتْ وَلَا يَعْتِقُ.

وكذا إن واحدة أو اثنيتن.

وإن صدق ثلاثاً وكذب واحدة.. طلقت المكذبة وحدها دون المصدّقات.

والأصل في هذا: أنّ حيض جميعهنّ شرط لوقوع الطّلاق عليهنّ، فلم تطلق واحدة منهن حتى يرى جميعهنّ الحيض، وإن حاضت بعضهنّ.. يكون ذلك بعض العلّة، وهي لا يثبت بها الحكم؛ فإن قلن جميعاً: قد حضنا.. لا يثبت حيض كلّ واحدة منهن إلّا في حقّها، لا في حق غيرها، إلا أن يصدقها الزوج.. فيثبت في حق الجميع، فيتم الشرط، وينزل الجزاء.

ولو صدّق البعض [٤٢٩/أ] وكذب البعض فينظر؛ فإن كانت المكذبة واحدة.. طلقت هي وحدها لتمام الشرط في حقها؛ لأن قولها مقبول في حق نفسها، وقد صُدق غيرها فتم الشرط في حقّها؛ أعني حيض الجميع، ولا يطلق غيرها؛ لأن المكذبة لا يقبل قولها في غيرها فلا يتم الشرط في حق الغير.

وإن كذب أكثر من واحدة.. لم تطلق واحدة منهن؛ لأن كلّ واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها إلا في حق نفسها، فكان الموجود بعض العلة، ولا تطلق واحدة منهن حتى يُصَدَّق غيرها جميعاً.

(**وكذا لو قال: «إن كنت تحبّين عذاب الله فأنت طالق وعبدي حرّ» فقالت: «أحبّ».. طلقت المرأة، ولا يعتق**) العبد.

وكذا لو قال: «فأنت طالق وفلانة وعبدي حرّ» طلّقت هي لا فلانة، ولا يعتق العبد؛ لأن المحبة والبغض أمر باطن لا يطلع عليه، فيتعلق الحكم بما يدل عليه من الإخبار عنه، وإن كانت كاذبة؛ [لأن أحكام الشرع لا تناط بمعانٍ خفية، بل بمعانٍ جلية، ألا ترى أن][1] الرُّخَص والحدث والجنابة والاستبراء، يتعلق بالسفر والنوم

---

(١) نقص من المخطوط, تم استدراكه من «تبيين الحقائق» (٢/٢٣٧).

والتقاء الختانين وحدوث الملك مع اليد، دون نفس المشقة وخروج النجس والإنزال وشغل الرّحم، إلا أنها أمينة في حق نفسها شاهدة في حق غيرها، وشهادة الفرد مردودة.. فتعلق الحكم في حقّها بإخبارها، وفي غيرها بنفس المحبّة.

فإن قيل: كذبها متيقن؛ لأن محبة العذاب مما تأباه العقول فوجب أن لا يقبل قولها أصلا.

قلنا: لا نسلم أن كذبها متيقن؛ لأنها يجوز لشدة بغضها إيّاه قد تحب التخلص عنه بالعذاب، فلم يكن كذبها متيقناً، بل احتمل الصدق.

وإن قال لها: «إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق» فقالت «أحبك» وهي كاذبة.. طلّقت قضاء وديانة عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن المحبة لا تكون إلا بالقلب، فلا يفيد تقييدها به، والمعتبر إخبارها.

وقال محمد: لا تطلق ديانة، إلا إذا كانت صادقة؛ لأن الأصل في المحبة القلب، واللسان خلف عنه، والتقييد بالأصل: يبطل الخلفية.

والأصح قولهما؛ لما ذكرناه أن العبرة الحلف.

قال في «قاضي خان»: «إن كان الله يعذب المشركين فامرأته طالق» قالوا: لا تطلق امرأته؛ لأن من المشركين من لا يعذب، وهكذا نقله في «المنح»، وقال: وظاهر التوجيه المفهوم من كلامه: أن المراد من المشركين في الشرط المذكور «الجميع»، فلهذا قال في تعليله: لأن من المشركين من لا يعذب، فيمكن أن يراد بهذا البعض: من يَصْدُق عليه «المشركون في الجملة» بأن يكون مشركاً في عمره، ثم يختم له بالحسنى، وإما بطريق التبعية كأطفال المشركين.. فإنهم مشركون شرعاً. انتهى.

واعترض عليه: بأن في كلا الوجهين نظرا:

أما الأول: فلأنّ من كان مشركاً طول عمره وختم له بالشقاوة: مراد قطعاً، فلو

أريد من أشرك، ثم تاب وختم له بالحسنى.. لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، وذا لا يجوز عند الحنفية. لا يقال: لا نسلم لزوم ذلك، لم لا يجوز أن يراد من يطلق عليه لفظ المشركين بطريق عموم المجاز؟ وهو جائز عندهم، لأنا نقول: لا يصار [٤٢٩/ب] إلى المجاز إلا بقرينة صارفة عن الحقيقة، وهي مفقودة ههنا.

وأما الثاني: فلأنا لا نسلم إطلاق المشركين على أطفالهم شرعاً، وإنما أجري عليهم أحكام المشركين؛ من عدم جواز الصلاة عليهم ودفنهم في مقابر الكفرة وغيرهما، ولو سلم.. فلا نسلم أنه بطريق الحقيقة، بل بطريق المجاز، فيلزم فيه أيضاً ما لزم في الأول، فالصّواب أن يقال: أن غير المعذّب من المشركين: هم الذين لم تبلغهم الدّعوة؛ من أهل الفترة، وسكّان شواهق الجبال، أو أقصى دار الحرب، فإنهم غير مكلفين بالإيمان، ولم يعتبر منهم الكفر، فلا يؤاخذون به، ولا يعذّبون، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾، وهذا مذهب أكثر الأصوليّين والأشاعرة.

نعم: هذا التوجيه لا يتمشى على مذهب الماتريدية؛ فإنهم قالوا: إن هؤلاء إن أدركوا زمان التجربة.. يكلّفون بالإيمان واجتناب الشرك، وإلّا.. فالتكليف عندهم ساقط فيعذرون، لكن من آمن منهم.. فإيمانه معتبر ، وكذلك شرك من أشرك، فالمشركون كلهم معذبون عندهم.

ولعلّ إحالة الإمام «قاضي خان» جواب عدم الحنث: إلى غيره، قال: قالوا: لأجل هذا الاختلاف بين أهل السنة.. فليتأمل. انتهى كلام المعترض.

أقول: فيه نظر من وجوه:

أما أوّلا: فلأن قوله: «فلو ارتد من أشرك، ثم تاب وختم له بالحسنى.. لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز» ممنوع، كيف وإن لفظ المشرك ليس مجازاً فيه؛ لأن معناه الحقيقي من ترك الإيمان اختياراً وأشرك بالله وهو صادق عليه، وختمه بالإيمان.. لا يضره؛ لأن الختم على الكفر: ليس معتبراً في معنى المشرك، حتى

يكون مجازاً فيه، وإلّا.. لزم أن يكون لفظ المشرك ولفظ الكافر مجازاً فيمن تاب وختم بالإيمان، وليس كذلك، بل هو حقيقة في مدة اتصافه بالشرك والكفر.

فإن قيل: فيلزم استعمال المشترك في معنييه، وذا لا يجوز أيضا.

قلنا: ممنوع، وإنما يلزم أن لو كان لفظ المشرك مشتركا لفظياً بينهما، وليس كذلك، بل هو مشترك معنويّ؛ كلفظ الإنسان بين أفراده.

وأما ثانيا: فلأنّ إطلاق لفظ المشرك على أطفال المشركين: حقيقة شرعيّة؛ بناء على القول: بأنهم في النار مع آبائهم، وإن كان هذا القول مرجوحاً.

وأما ثالثاً: فلأنّ من لم تبلغه الدعوة من أهل الفترة وسكان شواهق الجبال.. ليس بمشرك حقيقة عند الأشاعرة، وإن اعتقد الكفر؛ لأن المشرك عندهم: من اعتقد الكفر بعد بلوغ خبر البعثة، لا من اعتقد الكفر مطلقاً، بل إنما يقولون أنهم معذورون في تركهم الإيمان بالله واعتقادهم الكفر، ولا يؤاخذون به، ولم ينقل عنهم أنهم مشركون حقيقة، كيف وقد اتفقوا على عموم قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَغۡفِرُ أَن يُشۡرَكَ بِهِۦ وَيَغۡفِرُ مَا دُونَ ذَٰلِكَ﴾ ولم يخصّصوا عن عمومه مشركي زمان الفترة، وسكانَ شواهق الجبال.

ولو كانوا مشركين.. لزمهم تخصيص عمومه، فالحقّ في الجواب: ما ذكره في «المنح»: وتحقيقه: أن قوله: «إن كان الله يعذّب المشركين [٤٣٠/أ] فامرأته طالق» من قبيل تعليق الطّلاق مما لا توقف عليه؛ مثل «إن أراد الله فأنت طالق».. فلا تطلق به؛ لأن المراد من المشركين هو الجميع؛ لأن اللّام للاستغراق وتعذيب الله تعالى المشركين مما لا نقف عليه، ولا نعرفه؛ لأن من المشركين من لا نعرف تعذيبه تعالى؛ لأنا لم نحكم بتعذيب معيّن من المشركين غير ما أخبر الرّسول ﷺ بأنه من أهل النّار؛ مثل أبي جهل وأحزابه.. فعلى هذا يؤول قول «قاضي خان»: «لأن من المشركين من لا يعذب» ممّا ذكرناه من لا نعرف تعذيبه.

وَلَا يَقع فِي: «إِن حِضْتِ».. مَا لم يسْتَمَّر الدَّمُ ثَلَاثاً؛ فَإِذا اسْتمرَّ.. وَقعَ مِنِ ابْتِدَائِهِ.

وَلَو قَالَ: «إِن حِضْتِ حَيْضَةً».. يَقعُ إِذا طَهُرَتْ.

(ولا يقع) أي الطّلاق (في: «إن حضت) فأنت طالق» (ما لم يستمر الدم ثلاثاً)؛ لأنه يحتمل أن ينقطع ما دونه، وما ينقطع ما دونه.. لا يكون حيضاً، فلا يقع بالشك.

(فإن استمر ثلاثاً.. وقع من ابتدائه)؛ لأنه تبيّن بالامتداد أنه من الرّحم، فكان حيضاً من الابتداء.

حتى لو كانت المرأة غير مدخولة بها فتزوّجت حين رأت الدّم.. فإنه يصحّ نكاحها.

ولو كان ما علّق بالحيض عتقَ عبده، فجنى العبد أو جني عليه بعدما رأت الدم.. فإنه يعتبر في العبد جناية الأحرار.

(ولو قال: «إن حضت حيضة) فأنت طالق» (.. يقع) الطّلاق (إذا طهرت) من حيضها، وذلك بالانقطاع على العشرة، أو بمضيّها إن لم ينقطع، أو بالانقطاع والاغتسال، أو بما يقوم مقام الاغتسال إذا انقطع دون العشرة، وذلك لأن الحيضة اسم للكامل من الحيض، ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وهو قوله ﷺ: «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهنّ، ولا الحبالى حتى يحضن بحيضة» وكمالها بالانتهاء، وذلك بإحدى الوجوه الثلاثة التي ذكرناها.

وكذا إذا قال: «إن حضت نصف حيضة فأنت طالق»؛ لأنها اسم كامل وهي لا تتجزأ على ما في «التبيين».

بخلاف قوله: «إن حضت.. فأنت طالق»؛ فإنه يدل على الجنس، وهو الحيض، ولهذا قالوا: الطّلاق يكون بدعيّا في «إن حضت» وسُنيّاً في «إن حضت حيضة»؛ لأنه يقع بعدما طهرت.

وفي الأول: من حين رأت.

ونظيره: ما إذا قال لها: «أنت طالق إذا صمت» فإنها إذا صامت ساعة مع النية.. وقع الطلاق.

بخلاف ما إذا قال لها: أنت طالق إذا صمت صوماً.. فإنها حينئذ طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه؛ كما في قوله: «إذا صمت يوما».

وفي «الخانية» عن «الذخيرة»: قال محمد في «الجامع»: إذا قال الرجل لامرأته: «إن حضت حيضة فأنت طالق» فمكثت عشرة أيام، ثم قالت: «حضت حيضة وطهرت واغتسلت» وكذبها زوجها.. فالقول قولها.

والأصل فيه: أن المرأة إذا أخبرت عما هو شرط الحنث في اليمين بطلاقها، وكذبها زوجها في ذلك، ينظر: إن كان ذلك الشرط مما يطلع عليه غيرها.. لا يقبل قولها إلا بحجة، وإن كان مما لا يطلع عليه غيرها؛ كالطهر والحيض.. فالقول قولها في حق طلاقها، وإن كان ما ادّعت من الشرط قائماً وقت الإخبار، وإن لم يكن قائما وقت الإخبار.. لا يقبل قولها.

فأما إذا قال: «إن حضت حيضة» والحيضة اسم للكامل، ولا كمال [٤٣٠/ب] إلّا بوجود الجزء الأوّل من الطّهر؛ فإذا أخبرت عن الطّهر والطّهر قائم.. فقد أخبرت عمّا هي مؤتمنة فيه حال قيام الائتمان.. فيجب قبول خبرها، وإذا قبل خبرها.. ثبت المخبر به، فيثبت ما يترتب عليه؛ من الطلاق وغيره من أحكام الطهر.

ولو قالت: «حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى».. لا يقبل قولها، ولا يقع عليها الطلاق؛ لأنها أخبرت عما هو شرط وقوع الطلاق حال فواتها وانعدامها، فلا تصدق، ولا يقع الطلاق، إلا إذا أخبرت عند الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة.. فحينئذٍ يقع الطلاق؛ لإخبارها عما هو شرط وقوع الطّلاق حال قيامه. انتهى.

ثم هذا في الواحدة؛ على ما أشار إليه بقوله: «إن حضت».

وَلَو قَالَ: «إِن ولدتِ ذكراً فَأَنتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وَإِن ولدتِ أُنْثَى فَأَنتِ طَالِقٌ ثِنْتَيْنِ» فولدتهما وَلم يُدرَ الأَوَّلُ.. تطلقُ وَاحِدَةً قَضَاءً، وثنتينِ تنزُّهاً، ....

وأما في غير الواحدة.. ففي «المحيط»: قال لنسائه الأربع: «إذا حضتنّ حيضة فأنتنّ طوالق» فقالت واحدة: «حضت حيضة» وصدّقها الزوج.. طلقن؛ لأن شرط وقوع الطلاق عليهنّ حيضة واحدة منهنّ؛ لأن اجتماعهن على حيضة واحدة لا يتصور، فيجعل ذلك مجازاً عن حيضة إحداهن؛ كما لو قال لامرأتيه: «إذا حضتما حيضة فأنتما طالقان» فحاضت إحداهما.. طلقتا، وإن كذبت.. طلقت وحدها تطليقة؛ لأنها مصدقة في حقّها دون ضرّتها.

ولو قالت كلّ واحدة: «حضت حيضة».. طلقت كل واحدة تطليقة، صدقها الزوج أو كذبها؛ لأن كل واحدة مصدقة شرعاً فيما بينها وبين زوجها.

ولو قال: «كلما حضتن حيضة فأنتن طوالق» فقالت كل واحدة منهنّ: «حضت حيضة»؛ فإن كذبهن.. طلقت كلّ واحدة تطليقة؛ لأنه ثبت حيضة كل واحدة في حق نفسها خاصّة دون صواحبها، فلم يوجد في حق كلّ واحدة إلا شرط طلاق واحدة.

وإن صدق واحدة دون الثلاث.. طلقت كلّ واحدة من الثلاث اثنتين، وطلقت المصدّقة واحدة؛ لأنه ثبت في حق المصدّقة دون حيض صواحبها وثبت في حق كل واحدة من المكذبات حيضتان: حيضها بإخبارها، وحيض المصدقة بالتصديق.

وإن صدّق ثنتين.. طلقت كل مصدّقة ثنتين؛ لوجود حيضتين في حق كلّ واحدة؛ حيضها وحيض صاحبتها المكذبات، وكل مكذبة ثلاثاً، لوجود ثلاث حيض في حقها؛ حيضتها وحيضتي المصدقتين.

وإن صدّق ثلاثاً.. طلقت كلّ واحدة ثلاثاً؛ لثبوت ثلاث حيض في حق المصدقات، وأربع حيض في حق المكذبة. انتهى؛ كذا في «البحر».

(ولو قال: «إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق ثنتين»، فولدتهما ولم يدر الأوّل.. تطلق واحدة قضاء، وثنتين تنزهاً)؛ وهو التباعد

وتنقضي الْعدَّةُ.

وَلَو علَّق بِشَرْطَيْنِ.. شُرِطَ للوقوعِ وجودُ الْمِلكِ عِنْدَ آخرِهما؛ ....

عن السوء، حتى لو كان طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها تنزها، حتى تنكح زوجا غيره؛ لاحتمال أنها مطلقة، وترك وطء امرأة يحل له وطؤها: خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه؛ كذا في «العناية».

(**وتنقضي العدة**) بوضع الثاني، والأصل: أنها لو ولدت الغلامَ أولاً.. وقعت واحدة فتنقضي عدتها بوضع الجارية بعده [٤٣١/أ]؛ لأنها حامل بها، وانحلّت اليمين الأخرى بوضع الثاني؛ لوجود الشرط، ولا يقع به طلاق أخرى؛ لأنه حال انقضاء العدّة، والطّلاق المقارن لانقضاء العدّة.. لا يقع.

ولو ولدت الجاريةَ أولاً.. وقعت طلقتان، وانقضت عدّتها بوضع الغلام بعدها؛ لما ذكرناه، ولا يقع به شيء آخر؛ لما ذكرناه أنه حال انقضاء العدّة؛ فكانت هي في حال تقع واحدة، وفي حال تقع ثنتان، فلا تقع الثّانية بالشكّ، وتقع الواحدة لتيقّنها، لكن الأولى أن يأخذ بالثتين تنزّهاً؛ لاحتمال تقدم الجارية.

والعدّة منقضية يقيناً؛ لما ذكرناه من أنّ عدة الحامل بوضع الحمل.

(**ولو علق**) الطلاق والعتاق وغيرهما (**بشرطين.. شرط للوقوع**)؛ أي وقوع المعلّق من الطلاق وغيره (**وجود الملك عند آخرهما**).

قال في الثالث من أيمان «البزازية»: والطلاق المضاف إلى وقتين: ينزل عند أوّلهما.

والمعلّق بالفعلين: ينزل عند آخرهما.

والمضاف إلى أحد الوقتين؛ كقوله: «غداً أو بعد غد».. طلقت بعد غد.

ولو علّق بأحد الفعلين.. ينزل عند أوّلهما.

والمعلق بفعل ووقت.. يقع بأيّهما سبق.

فَإنْ وُجِدا أَو آخِرهُمَا فِيهِ ..وَقَع.

وإن وُجِدا أَو آخِرهُمَا لا فِيهِ .. لا يَقَع.

وفي «الزيادات»: إن وجد الفعل أوّلاً.. يقع، ولا ينتظر وجود الوقت، وإن وجد الوقت أولاً.. لا يقع ما لم يوجد الفعل.

وعن الإمام: الثاني إذا وجد الفعل أوّلاً.. لا يقع حتّى يوجد الوقت أيضاً.

(**فإن وجدا**) أي جميعاً (**أو آخرهما**)، وفي هذا خلاف زفر (**فيه**) أي في الملك (**..وقع**) الطلاق.

(**وإن وجدا أو آخرهما لا فيه**) أي في غير الملك (**.. لا يقع**) بالاتفاق؛ لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك؛ يعني: لو قال لها: «إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف.. فأنت طالق ثلاثاً»، مثلاً: يشترط لوقوع الطّلاق أن يكون آخرهما في الملك؛ سواء وجد الأول في الملك أولا؛ فإذا وجد آخرهما في الملك.. وقع الطلاق، وإلا.. فلا.

حتى لو طلّقها بعد هذا التعليق فانقضت عدتها، ثم وجد أول الشرطين، ثم تزوجها فوجد الشرط الآخر.. وقع عليها الطّلاق المعلّق؛ لوجود الآخر في الملك.

واليمين لا يبطل بزوال الملك؛ على ما مر.

وقال زفر: لا تطلق حتى يوجد الأول أيضاً في الملك؛ اعتباراً بالشرط الثاني؛ لأنهما في حكم الطّلاق كشيء واحد؛ من حيث لا يقع الطّلاق إلّا بهما.

ولو كان الشرط واحداً.. لما وقع الطّلاق بدون الملك، فكذا هذا.

ولنا: أنّ حال وجود الشرط الأوّل حال البقاء، فلا يشترط الملك؛ للاستغناء عنه في حال البقاء.

وإنما اشتراط الملك في وقت التعليق؛ ليكون الجزاء غالب الوجود؛ استصحاباً إلى وقت وجود الشرط.

فإن الملك إذا كان موجوداً وقت التّعليق.. فالظاهر بقاؤه إلى وجود الشرط، وفي وقت وجود الشرط أيضاً.. ينزل الجزاء وما بينهما حال البقاء، وبقاء اليمين بذمة

الحالف وهي سالمة، فيكون اليمين باقياً ببقائها، فلا يشترط له الملك؛ كالنصاب يشترط عند انعقاد السبب، وعند الوجوب، لا فيما بينهما.

واعلم [٤٣١/ب]: أن المراد بالشرطين ههنا: الفعلان اللّذان يتعلق بهما الطلاق، ولا يقع إلّا بهما، لا بأحدهما؛ سواء كانا شرطين متغايرين حقيقة؛ بتكرر ذات الشرط أو لا، بل يكون فعلاً واحداً متعلقاً بشيئين متغايرين، فيتغاير باعتبارهما، **والثاني**: كما مثلناه وكما لو قال: «إن جاء زيد وعمرو.. فأنت طالق»، و«إن دخلت هذه الدار وهذه الدار» ونحوها، فإنها شرط واحد في الحقيقة، لا بد من وجودهما للوقوع.

إلا أن ينوي الوقوع بأحدهما: فإنه يصدّق؛ لأنه ينوي ما يمكن تصحيحه بإضمار حرف الشرط، أو تقديم الجزاء على الشرط، وفيه تغليظ على نفسه؛ على ما في «قاضي خان».

ولا بد من قيام الملك عند آخرهما؛ على ما بيناه.

وأما الأول: وهو أن يكونا شرطين متغايرين حقيقة.. فقد يكون بعطف أحدهما على الآخر، والجزاء مؤخر عنها، وحرف الشرط مكرّر؛ نحو: «إن كلمت زيداً وإن كلمت عمرواً فأنت طالق».. فلا يقع الطلاق حتى تكلمهما؛ على قول محمد.

ويقع بأحدهما على ما روي عن أبي يوسف.

والمختار: قول محمد؛ لأنه عطف شرطا محضاً على آخر مثله، ولا حكم له، ثم ذكر الجزاء.. فيتعلّق بهما، فصارا شرطاً واحداً، فلا يقع إلّا بوجودهما، والملك شرط عند آخرهما، وتصح النية بأحدهما؛ على ما ذكرناه قبل.

ولو قدم الجزاء ههنا: نحو: «أنت طالق إن أكلت كذا وإن شربت كذا» يقع الطّلاق بأحدهما وجد أوّلاً وانحلت اليمين؛ على ما في «الخلاصة».

وقد يكون بغير عطف مع تكرر حرف الشرط، والجزاء مؤخر «إن أكلت إن لبست»، ونحو «إن دخلت إن كلمت فأنت طالق».. فحينئذٍ لا يقع الطلاق ما لم

تلبس، ثم تأكل، أو كلمت، ثم تدخل، فيقدم المؤخر ويؤخر المقدم؛ على ما في «الخلاصة» و«القنية».

وكذا إذا كان الجزاء مقدماً؛ على ما في «البحر» عن «المحيط»، فيكون الآخر شرطَ الانعقاد والأول شرطَ الانحلال؛ فكأنه قال لها عند التلبيس: «إن أكلت فأنت طالق» فشرط قيام الملك عند التلبيس؛ لأن اليمين لا تنعقد إلا في الملك أو مضافة إليه؛ فإن كانت في ملكه عند التلبيس.. ينعقد اليمين المعلق على الأكل، وإلا.. فلا.

لكن المنقول عن الإسبيجابي هذا في العربية، وأما في الفارسية فيقدم المقدم ويؤخر المؤخر، وعليه الاعتماد؛ على ما في «الخلاصة»، وعلّله في «القنية»: بأنهم لا يريدون به إلا تعليق الجزاء بجملتها أو بكل واحد منها، وهو الأظهر؛ لأنهم يريدون به التغليظ على أنفسهم بأيمان كثيرة، لكن يذكرون الجزاء بعدها اختصاراً.. فيحنث. انتهى.

وهذا فيما إذا لم يكن الشرط الثاني مرتباً على الأول عادة؛ فإن كان كذلك.. كان كل شرط في موضعه بلا تقديم ولا تأخير، نحو: «إن أكلت إن شربت فأنت طالق»؛ فإن أكلت، ثم شربت.. يقع الطّلاق، وإن عكست.. لا.

ولو قال: «إن شربت إن أكلت».. يؤخر الأول ويقدم الثّاني.

ومثله: نحو: «إن دعوتني إن أجبتك» وعكسه؛ على ما في «البحر».

والأصل فيه: أنه متى كانا مرتبين عرفاً.. أضمرت كلمة «ثم»، وإذا لم يكونا [٤٣٢/أ] مرتبين عرفاً.. لم يثبت العطف بينهما لا عرفاً ولا ذكراً، فمتى أقر كل شرط في موضعه.. لا يتصل الجزاء بأحد الشّرطين.

وقد يكون بتوسّط الجزاء بين الشرطين مع تكرّر حرف الشرط، نحو: «إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلاناً» يقرر كل شرط في موضعه، ويكون الأول

شرطَ الانعقاد والثاني شرطَ الانحلال، فلو دخلت ثم كلمت.. طلقت، وإن عكست.. لا؛ على ما في «القنية».

وقال في «البدائع»: لو قال: «إذا دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلاناً».. يشترط قيام الملك عند وجود الشرط الأول؛ لأنه جعله شرطَ انعقاد اليمين؛ كأنه قال: «عند الدخول إن كلمت فلاناً فأنت طالق».

واليمين لا تنعقد إلا في الملك أو مضافة إليه:

فإن كانت في ملكه عند دخول الدار.. صحت اليمين المعلّقة بالكلام؛ فإذا كلمت.. يقع.

وإن لم تكن في ملكه عند الدخول؛ بأن طلّقها وانقضت عدّتها، ثم دخلت.. لم يصح التعليق وإن كلمت فلاناً.

وإن طلّقها بعد الدخول، ثم دخلت وهي في العدّة، ثم كلمت فيها.. طلقت. انتهى.

وقال في «الخلاصة»: لو قال: «كلّ امرأة أتزوجها فهي طالق إن كلمت فلاناً»، ثم تزوج امرأة.. لا تطلق، ولو كلّمه ثانياً بعد التزوج.. تطلق. انتهى.

وهذا: بناء على أن الأوّل: شرط الانعقاد، والثاني: شرط الانحلال.

وقال فيها أيضا: بعد ورقة: لو قال: «إن كلمت فلاناً فامرأته طالق، وإن كلمت فلاناً».. طلقت بكلام أيهما وجد، وبطلت اليمين. انتهى.

فظهر منه: أن الشرط الثاني لو ذكر على طريق العطف.. لم يكن الأول شرط الانعقاد والثاني شرط الانحلال في صورة توسّط الجزاء، بل كلّ واحد منهما شرط الانحلال؛ كما في تقدم الجزاء؛ على ما ذكرناه.

فعلم منه: أن في كلّ صورة يكون الشرطُ الأول فيها شرطَ الانعقاد، والثاني شرطَ الانحلال؛ سواء كان الجزاء مؤخراً أو متوسطاً بينهما.. فلا بد من الملك عند الشرطين.

فلهذا قال المصنف: شرط للوقوع وجود الملك عند آخرهما؛ لأنه: إنما شرط عند أولهما للانعقاد لا للانحلال والوقوع.

هذا كلّه في صورة تكرر حرف الشرط، وقد يكون بلا تكرر حرف الشرط والجزاء مقدّم، نحو: «أنت طالق إن أكلت كذا وشربت كذا وكلمت كذا».. فإنه لا يقع الطّلاق حتى يجتمع الكلّ، إلا أن ينوي الوقوع بكل واحد منها.

وكذا لو أخر الجزاء عنها؛ كذا في «القنية» وهو المروي عن أبي القاسم الصفار:

ولو قال زت اذوى سه طلاق كرسكي خورد ومقامري كند وكبوتر دارد، وقال أكثر المشايخ: الكل شرط واحد كما في المسألة المتقدمة.

وقال محمّد بن الفضل: كلّ واحد شرط على حدة.

ولو قال سكنى بخورد ومقامري تكند وكبوتر ندارد.. فكل واحد شرط على حدة بلا خلاف؛ على ما في «الخلاصة» و«القنية».

وفي «الخلاصة» أيضا: «لا يكلم فلاناً أو فلاناً» فكلّم أحدهما.. يحنث. [٤٣٢/ب].

وكذا لو قال: «فلاناً».

وفيها أيضاً عن «المحيط»: إذا حلف بالطّلاق أن لا يذوق طعاماً ولا شراباً فذاق أحدهما.. لا يحنث.

قال الفضلي: ينوي في ذلك؛ فإن لم تكن له نية.. فالجواب كما قال في الكتاب. انتهى.

ثم قال فيها بعد أوراق: «حلف لا يذوق طعاماً ولا شراباً» فذاق أحدهما.. يحنث.

ولو قال: «لا أذوق طعاماً وشراباً» فذاق أحدهما.. لم يحنث. انتهى.

وَيُبْطِلُ تَنْجِيزَ الثَّلَاثِ تَعْلِيقَهُ؛ ....

فبين كلاميه تنافٍ، فيحمل في أحدهما: على وجود النية، وفي الآخر: على عدمها؛ على ما في «مختارات النوازل»؛ حيث قال: «حلف لا يذوق طعاماً ولا شراباً» فذاق أحدهما.. حنث، وقيل: لا يحنث إن نوى الكل، وعليه الفتوى. انتهى.

فالظاهر من جملة هذا: أنه إذا كرّر ذات الشرط بلا عطف.. فالوقوع يتوقف على وجودهما؛ سواء قدّم الجزاء أو أخر عنهما أو وسّط بينهما.

لكن الأوّل: شرط الانعقاد، والثاني: شرط الانحلال، ولا بدّ من الملك عندهما.

وإن كرّر بالعطف؛ فإن قدّم الجزاء أو وسّط.. فالوقوع يتوقف على أحدهما.

وإن أخر عنهما.. فالوقوع يتوقف عليهما.

وإن لم يكرّر حرف الشرط.. فلا يقع حتّى يوجد الكل؛ سواء قدم الجزاء أو أخر.

ولو عطف بأو.. فالشرط أحدهما.

ولو عاد حرف النفي.. فهو على الخلاف المذكور في «النوازل».

وهذه الأيمان كلّها للمنع، ففي بعضها لشمول العدم، وفي بعضها لعدم الشمول.. فالضابط: أنه إن كان لاجتماع الأمرين تأثير في المنع.. فلعدم الشمول، وإلا.. فلشمول العدم؛ كذا قالوا.

(**ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه**) قيل: الضمير راجع إلى الثلاث.

وقيل: إلى الزوج.

وقيل: إلى الطلاق مطلقاً وهو الظاهر؛ لأن إبطال تنجيز الثلاث.. لا يختص بتعليق الثلاث، بل يبطل تعليق الطلاق مطلقا واحداً أو ثنتين أو ثلاثاً.

لكن المناسب بظاهر التفريع الآتي: إرجاعه إلى الثلاث، ويمكن تأويله؛ على ما سيظهر لك.

فَلَو علَّقها بِشَرْطٍ، ثُمَّ نجزَها قبلَ وجودِهِ، ثُمَّ تزَوَّجهَا بعدَ التحليلِ فَوُجدَ.. لَا يَقعُ شَيْءٌ.

(فلو علّقها)؛ أي الثلاث أو مطلق الطّلاق؛ بناء على ما ذكرناه من أن تنجيز الثلاث.. يبطل تعليق مطلق الطّلاق (بشرط)؛ بأن قال لها: «إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة» أو قال: «ثنتين» أو قال: «ثلاثاً»، (ثم نجّزها)؛ أي الثلاث؛ بأن قال لها: «أنت طالق ثلاثا»، وهذا الضمير: لا بد أن يرجع إلى الثلاث، وهو ظاهر، (قبل وجوده)؛ أي وجود الشرط المعلق عليه (ثم تزوجها بعد التحليل، فوجد) الشرط؛ بأن دخلت الدار (.. لا يقع شيء).

وقال زفر: يقع المعلّق؛ لأنه مطلق غير مقيد بطلاق ملكٍ دون ملك.

وقد بقي احتمال الوقوع بعد تنجيز الثلاث؛ بأن نكحها ثانياً بعد زوج آخر، فيبقى اليمين، فينزل الجزاء عند وجود الشرط؛ لأنه وجد في الملك بعد صحة اليمين، وتوسّط زوال الحلّ: لا يضر؛ كما لا يضر زوال الملك.

ولنا: أن الجزاء طلاق هذا الملك بدلالة الحال؛ لأنها هي المانعة عن تحصيل الشرط؛ إذ الظاهر عدم ما يحدث من الملك الجديد بالنكاح ثانياً، وكل ما كان مانعاً عن الشرط أو حاملاً عليه.. فهو الجزاء؛ لأن اليمين إمّا للمنع أو للحمل، وههنا: عقدت للمنع، فيكون الجزاء [٤٣٣/أ] طلاق هذا الملك لا ملك جديد.

وإذا كان الجزاء طلاق هذا الملك، وقد فات تنجيز الثلاث المبطل للمحلية.. فلا يبقى اليمين.

بخلاف ما إذا علق الثلاث بشرط، ثم نجّز طلقة أو طلقتين وانقضت عدتها وتزوّجت بزوج، ثم عادت إلى الأوّل، ثم وجد الشرط.. يقع الثلاث بالاتفاق؛ لبقاء المحلّ.

أما عند محمد: فلعدم هدم الزوج الثاني ما دون الثلاث عنده، فيعود إلى الأوّل بما بقي من الطلقات.

وَلَو علَّق الثَّلَاثَ أَوِ الْعِتْقَ بالوطءِ.. لَا يجبُ الْعُقُر باللُّبثِ بعدَ الْإِيلَاجِ، وَلَا يصيرُ بِهِ مراجعاً فِي الرَّجْعِيّ مَا لم ينْزع، ثمَّ يُولجِ خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وأما عندهما: فلأنه، وإن وجد الهدم بما دون الثلاث، لكن بالدخول في الدار.. يقع الثلاث؛ لكونه معلقاً بالدخول.

وبخلاف ما إذا علّق الطلقة الواحدة بالدّخول، ثم طلّقها ثنتين وتزوّجت بزوج آخر، ثم عادت إلى الأوّل فدخلت الدار.. فإنه ينزل الجزاء المعلق وتثبت الحرمة الغليظة بوقوع الطّلقات الثلاث عند محمّد؛ لأن ما دون الثلاث لما لم ينهدم بزوج آخر.. بقي الحرمة الحاصلة بالطلقتين، ثم لما نزل الجزاء وهو الطلقة الواحدة.. بانت عنده بثلاث.

وعندهما: ينزل الجزاء ولم تثبت الحرمة الغليظة، بل إنما يحرم عليه بطلاق واحد؛ لتحقق هدم ما دون الثلاث عندهما، فتعود إلى الأوّل بثلاث تطليقات.

(**ولو علّق الثلاث أو العتق بالوطء**)؛ بأن قال لأمته: «إذا جامعتك فأنت حرة» (.. **لا يجب العقر**)، وفي «المصباح»: العُقر بالضم: دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها، ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر، (**باللبث ساعة بعد الإيلاج**)؛ أي بعد إدخال حشفة الذكر.

(**ولا يصير به مراجعاً في الرجعي ما لم ينزع، ثم يولج.**

خلافاً لأبي يوسف)؛ فإنه قال: يجب العقر فيما لبث أيضاً؛ لوجود الجماع بالدوام عليه، ويصير به مراجعاً لوجود المساس شهوة.

ووجه ظاهر الرواية: أن الجماع إدخال فرج في فرج، ولا دوام للإدخال حتى يكونَ لدوامه حكم الابتداء ويقالَ إنه وطأ المطلقة الثلاث فيجب عليه العقر.

بخلاف ما إذا أخرج ثم أدخل؛ لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق، إلا أن الحدّ لا يجب؛ لشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس، والمقصودُ وهو قضاء الشهوة وأَوَّلُه لا يوجب الحدّ.. فامتنع وجوبه فوجب العقر؛ إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما.

وَلَو قَالَ: «إِن نكحتُها عَلَيْكِ فَهِيَ طَالِقٌ» فنكحها عَلَيْهَا فِي عدَّةِ البائنِ.. لَا تطلقُ.

وَإِن وصل ....

(ولو قال: «إن نكحتها عليك فهي طالق» فنكحها في عدة البائن.. لا تطلق) الجديدة؛ لعدم الشرط؛ لأن التزوج عليها، وهو الشرط أن يدخل عليها من ينازعها في الفراش ويزاحمها في القسم، ولم يوجد للبينونة.

ولو قال: «إن تسريت الأمة عليك فأنت طالق».. لا يقع الطلاق بمجرّد شراء الأمة والجماع خفية عندهم؛ لأن التسري، وهو الشرط.. لا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد، إلا أن يمنعها من الزنا والخروج من بيته، وبالوطء وإسكانها في بيت خال؛ أي بهذا المجموع.

وعند أبي يوسف: لا يثبت بهذا المجموع، بل لا بد عنده من طلب الولد أيضاً؛ لأن التسري: تفعّل من السر وهو السيادة، والأمة إنما تسود إذا ولدت من مولاها.

ولهما: أنه تفعل من المضاعف من السر الذي هو الجماع، [٤٣٣/ب] ومعناه: إعداد الأمة أن تكون موطوءة.. فلا يكون طلب الولد داخلاً فيه؛ كذا في كتاب العتق من «المجمع».

(وإن وصل) فيه إشارة إلى ما في الأصول؛ من أن التّعليق بالشرط والاستثناء بيان تغيير.. فيشترط فيه الاتّصال، حتى لو سكت.. يثبت حكم الكلام الأوّل، فيكون ذكر الشرط والاستثناء بعده رجوعاً عن الأوّل، لكن المراد بالوصل: عدم الفصل، بحيث يعد في العرف فصلاً، حتى لا يضر قطعه بتنفس أو سعال أو نحوهما؛ هذا قول الجمهور:

وقال ابن عباس: يجوز بيان التغيير موصولاً أو متراخياً.

تمسّك الجمهور بقوله ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها.. فليكفر عن يمينه، ثم ليأت بالذي هو خير»؛ لأنه ﷺ أوجب الكفارة، ولو جاز بيان

بقوله: «أَنْت طَالِقٌ» قَوْله: «إِن شَاءَ اللهُ، أَو إِن لـم يَشَأِ اللهُ، أَو مَا شَاءَ اللهَ، أَو مَا لم يَشَأِ اللهُ، أَو إِلاّ أَن يَشَاءَ اللهُ».. لَا تطلقُ.

التغيير متراخياً.. لما وجبت الكفارة معيناً؛ لجواز أن يقول متراخياً: «إن شاء الله تعالى».. فيبطل يمينه، ولا تجب الكفارة.

فإن قيل: قد روي أنه ﷺ قال: «لأغزون قريشاً»، ثم قال بعد مكث: «إن شاء الله».

قلنا: ذلك محمول على المكث العارض؛ بنحو تنفس أو سعال؛ جمعاً بين الأدلة.

فإن قيل: فعلى تقدير ثبوت الاتصال.. يلزم اشتمال بيان التغيير على إثبات شيء ونفيه في زمان واحد، وإلا.. لما كان تغييراً.

قلنا: إنه لما وقع في كلام الله تعالى: يحمل على وجه لا يلزم منه ذلك التنافي، وذلك بأن يجعل المجموع كلاماً واحداً موجباً للحكم؛ على تقدير الشرط أو الصفة أو نحوهما، وساكتاً عن ثبوته ونفيه؛ على تقدير عدمه، فكان معنى التغيير: أنه يفهم الإطلاق على تقدير عدم المغير، فبعد ذكره يغير.

(**بقوله: «أنت طالق» قوله**) - مفعول وصل - (**«إن شاء الله أو إن لم يشأ الله أو ما شاء الله أو ما لم يشأ الله أو إلا أن يشاء الله».. لا تطلق**)؛ لما رواه النسائي مرفوعاً: «من حلف بطلاق أو عتاق، وقال: إن شاء الله متصلاً به.. فلا حنث عليه» والباقي في معناها.

ولأنه إما إبطال، أو تعليق بما لا يوقف عليه.. فلا يقع به شيء.

ولو قال: «أنت طالق، وإن شاء الله» أو «فإن شاء الله».. يقع الطلاق، ولا يكون استثناء؛ كذا في «البزازية» عن أبي يوسف.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن التقييد بمشيئة الله تعالى في هذه الصور: تعليق أو إبطال.

فقال أبو حنيفة ومحمّد: إنه إبطال للكلام بمنزلة الاستثناء، وإعدام لحكمه من الأصل.

وقال أبو يوسف: إنه تعليق بالشرط، إلا أن الشرط مما لا يوقف عليه.. فلا يقع به شيء؛ كما لو علقه بمشيئة غائب عن البصر؛ من الجن والملائكة، ولهذا: يشترط الاتصال؛ كسائر الشروط.

ولهما: أن التعليق بالشرط، وإن كان إعداماً للحال، لكن له عرضية الوجود عند وجود الشرط، وهذا إعدام للحكم أصلاً؛ إذ لا طريق للوصول إلى معرفة مشيئة الله تعالى، فكان إبطالاً.

فأبو يوسف اعتبر الصّيغة، وهما اعتبرا المعنى.

وثمرة الخلاف في مواضع:

منها: أنه إذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء، مثل: «إن شاء الله أنت طالق» فعندهما: لا يقع؛ إذ لا فرق بين التقديم والتأخير فيما كان [٤٣٤/أ] إبطالاً، ويقع عند أبي يوسف؛ لعدم الفاء.. فلا يصح تعليقاً، فيكون تنجيزاً.

ومنها: أنه إذا جمع بين يمينين؛ بأن قال: «أنت طالق إن دخلت الدار وعبدي حرّ إن كلمت زيداً إن شاء الله».. ينصرف إلى الجملة الأخيرة للقرب عند أبي يوسف؛ كسائر الشروط؛ على ما هو الأصل في أمثاله.

وعندهما: ينصرف إلى الكلّ؛ لعدم الأولويّة؛ لأنه إبطال:

ولو اتّصل بالإيقاعين؛ نحو: «أنت طالق وعبدي حر إن شاء الله».. ينصرف إلى الكل بالإجماع.

أما عندهما.. فلما ذكرنا.

وأما عند أبي يوسف.. فلأنه كالشرط عنده، وهو إذا دخل على إيقاعين.. ينصرف إليهما جميعاً؛ على ما في «النّهاية».

ومنها: أنه يمين عنده لا عندهما، حتى لو حلف أنّه لا يحلف.. يحنث عنده.

وذكر أبو يوسف في «النّوازل»: أنه لو قال: «أنت طالق اليوم واحدة إن شاء الله، وإن لم يشأ الله.. فثنتين»؛ فإن طلّقها واحدة قبل مضي اليوم.. لم يقع إلّا تلك الواحدة، وإن لم يطلّقها قبل مضيّ اليوم.. يقع ثنتان؛ لوقوع المعلّق عليه؛ أعني عدم مشيئة الواحدة اليوم.

ولو لم يقيد باليوم فقال: «أنت طالق واحدة إن شاء الله وثنتين إن لم يشأ الله».. فلا يقع شيء؛ أما الواحدة.. فللاستثناء، وأما الثنتان: فلأن قوله ثنتين إن لم يشأ الله.. باطل؛ إذ لو صح.. لبطل من حيث صحّ؛ لأنه لو وقع الطّلاق.. لثبت مشية الله تعالى؛ لأن وجود الأشياء كلها بمشيئة الله.

ثم الخلاف المذكور جارٍ في قوله: «أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادته أو بمحبته أو برضاه».. ولا يقع شيء أيضاً؛ لأنها؛ إما إبطال، أو تعليق بما لا يوقف عليه.

وإن أضافها إلى العبد.. كان تمليكاً منه، فيقتصر على المجلس؛ كقوله: «إن شاء فلان».

وإن قال: «بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته».. يقع في الحال؛ سواء أضافه إلى الله أو إلى العبد؛ لأنه يراد بها التنجيز عادة.

وإن قال بحرف «اللام».. يقع في الوجوه كلّها؛ سواء أضافه إلى الله أو إلى العبد؛ لأنه للتعليل؛ كأنه أوقع وعلّل؛ كقوله: «أنت طالق لدخولك».

وإن قال بحرف «في» إن أضاف إلى الله.. لا يقع في الوجوه كلّها إلا في العلم.. فإنه يقع فيه للحال؛ لأن «في» تستعمل بمعنى الشرط، فيكون تعليقاً بما لا يوقف عليه؛ لأنه يذكر بمعنى المعلوم، فكأنه قال: «أنت طالق في معلوم الله» أي: هذا الطلاق ثابت في معلوم الله تعالى.

وَكَذَا لَو مَاتَت قبلَ قَوْلِهِ: «إِن شَاءَ اللهُ».

وَإِن مَاتَ هُوَ.. يَقعُ.

وَفِي: «أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثاً إلاّ وَاحِدَةً».. يَقعُ ثِنْتَانِ.

وَفِي: «إِلَّا ثنتين».. وَاحِدَةٌ.

وَفِي: «إِلاّ ثَلَاثاً».. ثَلَاثٌ.

(**وكذا**)؛ أي لا تطلق (**لو ماتت**) المرأة (**قبل قوله: «إن شاء الله»**)؛ لأن الكلام قد خرج بالاستثناءِ وذكرِ الشرط من أن يكون إيجاباً، وإذا بطل الإيجاب.. بطل الحكم.

فإن قيل: الإيجاب يوجد في حياتها والاستثناء بعدها، فيكون باطلاً؛ لعدم المحل بالموت، وإذا بطل الاستثناء.. صح الإيجاب، فيقع الطلاق.

قلنا: لا نسلم أن الموت يبطل الاستثناء، بل إنما يبطل الإيجاب.

أو اتصل به؛ بأن يموت قبل تمام قوله: «أنت طالق»، وذلك؛ لأن الموت مبطل للإيجاب، والاستثناء: مبطل آخر له، ولا منافاة [٤٣٤/ب] بين مبطل ومبطل، حتى يبطل أحدهما الآخر، بخلاف الموجب؛ فإن المبطل ينافيه.. فيرفعه.

(**وإن مات هو**)؛ أي الزوج قبل: «إن شاء الله» (.. **يقع**) الطّلاق؛ لأنه لم يتصل به الاستثناء.

فإن قيل: من أين علم أنه أراد بكلامه الاستثناء؟

أجيب: بأنه يعلم بقوله قبل ذلك: «أني أطلق امرأتي واستثني»؛ كذا في «العناية» و«فتح القدير».

(**وفي: «أنت طالق ثلاثاً إلّا واحدة».. يقع ثنتان، وفي الاثنتين..**) يقع (**واحدة، وفي إلّا ثلاثاً..**) يقع (**ثلاث**).

هذا شروع في بيان الاستثناء، وهو على نوعين: وَضْعيّ وعرْفيّ.

والعرفيّ: ما تقدّم من التعليق بالمشيئة:

والوضعي - وهو المراد ههنا -: هو المنع عن دخول بعض ما يتناوله صدر الكلام «بإلّا وأخواتها»، ولهذا قالوا: «**إنه بيان تغيير**».

واختلفوا في كيفية عمله على ثلاثة مذاهب.

الأوّل: أن العشرة في قولهم: «له علي عشرة إلا ثلاثة» مجازٌ عن السّبعة، و«إلا ثلاثة» قرينة.

والثاني: أنّ المراد بعشرة.. معناها؛ أي عشرة أفراد، ثم أخرج منها ثلاثة قبل الحكم عليها، حتى بقيت سبعة، ثم حكم على العشرة المخرج منها الثلاثة.. فلم يقع إلّا على سبعة.

والثالث: أن مجموع عشرة إلا ثلاثة.. موضوع بإزاء سبعة، حتى كأنه وضع لها اسمان: مفرد وهو «سبعة» ومركب وهو «عشرة إلا ثلاثة».

وليس اختلافهم في أن ما بعد إلّا داخل في حكم الصدر أولا، بل هم متفقون في عدم دخول ما بعد إلا في حكم الصّدر.

وإنما اختلافهم: في أنّ ما بعد «إلّا» هل يراد بالصّدر أو لا.

فحاصل المذهب الأول: أنّ صدر الكلام يتناول الكلّ، وإنه إيقاع للكل، لكنه لا يقع؛ لوجود المعارض، وهو الاستثناء الدال على النفي عن البعض، حتى كأنه قال: «إلّا ثلاثة» فإنها ليست علي، فلا تلزمه الثلاثة؛ للمعارض لأول الكلام.. فيكون الاستثناء عندهم: تصرفاً في الحكم، بمعنى: أنه يمنع الوقوع لا الإيقاع، فيكون من قبيل تخصيص العلّة، لكنه جائز عند صاحب هذا المذهب وهو الشافعي.

وحاصل المذهبين الأخيرين: أن الاستثناء تصرف في الكلام؛ بجعله عبارة عما وراء المستثنى، ويعد تكلّماً بالباقي بعد الثُنْيا: على ما ذكره مشايخ الحنفية من أن الاستثناء يعمل عندنا بطريق البيان بمعنى الدّلالة؛ على أن البعض غير ثابت في الأصل، حتّى كأنه قيل: «عليّ سبعة» ولم يتعلق التكلم بالعشرة في حق لزوم الثلاثة.

وأجابوا عن الأوّل: بأن الكلام قد يسقط حكمه بطريق المعارضة بعدما انعقد في نفسه؛ على ما ذهب إليه الشافعي في الاستثناء.

ونظيره: التخصيص لا ينعقد بحكمه؛ كما في طلاق الصبي والمجنون، إلا أن إلحاق الاستثناء بالثاني أولى؛ لأنه لو انعقد الكلام في نفسه - مع أنه لا يوجب العشرة، بل السبعة فقط - لزم إثبات ما ليس من محتملات اللفظ؛ إذ السبعة: لا يصلح مسمّى للفظ العشرة:

لا حقيقة وهو ظاهر.

ولا مجازاً؛ لأن اسم العدد خاص في مدلوله لا يحتمل غيره.

ولو سلّم: فالمجاز خلاف الأصل، فيكون مرجوحاً.

ثم الفرق بينهما [٤٣٥/أ]: أن المذهب الثاني يفيد حكماً مخالفاً للصدر بطريق الإشارة، بخلاف الثالث؛ فإنه لا يفيد حكماً مخالفاً للصدر أصلاً لا إشارة ولا عبارة، والمذهب الأول: يفيد بطريق العبارة، هذا هو المشهور.

والتحقيق: أن الاستثناء من الإثبات: يفيد نفياً في المستثنى، ومن النفي: يفيد إثباتاً؛ عند أصحاب المذهب الأول. فَهِمَ الشافعيةُ بخلاف الحنفية: أن الاستثناء لا يفيد في المستثنى شيئاً من النفي والإثبات أصلاً، بل هو مسكوت عنه.

ومنشأ هذا الخلاف: أن الألفاظ بإزاء الأمور الخارجيّة عند الشّافعية، ولا واسطة في الأمور الخارجيّة بين النفي والإثبات، وعند الحنفية: موضوعة بإزاء الأمور الذهنية فيتيسر لهم إثبات الواسطة في المستثنى بمعنى: أن الاستثناء إنما يدل على مخالفة النسبة الذهنية في المستثنى، لا على مخالفة النسبة الخارجيّة، بل هي مسكوت عنها، وتفصيل هذا مذكور في «حاشيتنا على المرآة».

فإذا عرفت هذا.. فنقول: يصح استثناء البعض من الكل، ولا يصح استثناء الكل من الكل؛ مثل: «أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً»؛ لأنه لم يبق بعد الاستثناء شيء يصير

متكلماً به وصارفاً للفظ إليه، فيبقى كلامه الأوّل كما كان.. ويقع الثلاث.

وقيل: إنما لا يصح؛ لأنه رجوع عن الأوّل والرجوع عن الطلاق باطل، وهو منقوض بما ذكروا في الوصيّة: أن استثناء الكل باطل، مع أن الوصية تحتمل الرجوع.

وقيل: إنما لا يصح إذا كان بعين اللفظ الأول، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ.. فيصح، حتى لو قال: «كل نسائي طوالق إلا كل نسائي».. لا يصح، وتطلق كلّهن، ولو قال: «كل نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى»، ولا نساء له غيرها.. لا تطلق واحدة منهن، وذلك: أن الاستثناء تصرف لفظي.. فيصح فيما يصح فيه اللفظ، فلمّا استثنى الجزء عن الكل.. صح لفظاً، وتفصيل هذه المسألة في الأصول.

وفي «البزازية»: **ويبطل الاستثناء بأربعة:** بالسكتة، وبالزيادة على المستثنى منه؛ «كأنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً»، وبالمساواة، وباستثناء بعض الطّلاق؛ نحو: «أنت طالق إلا نصفها».

ثم ذكر نوعاً آخر مما يبطل به الاستثناء؛ أعني الفاصل؛ حيث قال: «أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله» أو «ثلاثا وواحدة إن شاء الله».. بطل الاستثناء عند الإمام.

ولو قال: «واحدة وثلاثا إن شاء الله».. لا يبطل عند الكلّ.

«إن دخلت هذه الدار إن دخلت هذه الدار فعبدي حر»؛ وهما واحدة.. فالقياس عدم الحنث حتى يدخل دخلتين فيها.

وفي الاستحسان: يحنث بدخلة واحدة، ويجعل الثاني تكراراً وإعادة.

ولقائل أن يقول: لو جعل الثاني تكراراً لزم ثبوت الحرية حالاً؛ على قول الإمام، ويصير الثاني فاصلاً؛ كما في «أنت حرّ وحرّ إن شاء الله».

ويجاب: بأن قوله: «وحرّ»: تكرار معنىً لا لفظاً؛ لأنه عطف على الأوّل، ولا يعطف الشيء على نفسه، والعبرة في هذا الباب [٤٣٥/ب] إلى اللفظ؛ فإذا انتفى التكرار لفظاً.. كان الثاني حشواً فصار فاصلاً، وفيما نحن فيه: الثاني غير معطوف على الأوّل، فأمكن جعل الثاني تكراراً، فكانا واحداً معنىً.. فلا يفصل.

ونظيره: قوله: «حرّ حرّ إن شاء الله»، وفيه لا يعتق، ولا يكون فاصلاً. انتهى.

فإن قيل: لو قال: «أنت طالق ثلاثاً بائنة إلا واحدة» أو «ثلاثاً البتة إلا واحدة».. يقع اثنتان، وبائنة والبتة: لا يكون فاصلاً، مع أنه حشو؛ كما في قوله: «حر وحر» حتّى وقع ثنتان رجعيتان.

أجيب: بأنه محمول على التأكيد لاختلاف اللفظ، وإن لم يؤدّ بمعنى زائد، بخلاف «ثلاثاً وثلاثاً» ونحوه؛ لاتحاد اللّفظ كالمعنى.. فكان تكراراً محضاً، ولأنه صفة، وهي تذكر لتأكيد الموصوف، حتى لم يفصل في: «أنت طالق بائن إن دخلت الدار»؛ كذا في «البزازية».

ثم قال: الأصل ههنا: أنّ المستثنى إذا وصف بما يليق بالمستثنى.. يجعل صفة للمستثنى، ويبطل ببطلان المستثنى.

وإن كان تليق بالمستثنى منه لا غير.. قيل: يجعل وصفاً له، حتى يثبت بثبوته؛ تصحيحاً بقدر الإمكان.

وقيل: يجعل وصفاً للكل؛ تحقيقاً للمجانسة بين المستثنى والمستثنى منه؛ لأنه الأصل ظاهراً.

وإن ذكروا وصفاً يليق بهما.. قيل: يجعل وصفاً للكل؛ تحقيقاً للمجانسة.

وقيل: يجعل وصفاً للمستثنى منه لا غير؛ لأنه لو جعل للمستثنى.. بطل؛ هذا: إذا ذكر زائداً.

وإن ذكر وصفاً أصليّاً.. لا يعتبر أصلاً، ويجعل ذكره ولا ذكره سواء.

بيانه: «أنت طالق اثنتين إلّا واحدة بائنة»، أو: «إلا واحداً بائناً..» تطلق واحدة رجعية؛ لأنه لا يصلح صفة للمستثنى منه، لا يقال: «طلقتا بائن» فصلح صفة للمستثنى.. فبطل ببطلانه.

ولو قال: «أنت طالق اثنتين البتة إلا واحدة».. تقع واحدة بائنة؛ لصلاحية الوصف للمستثنى منه؛ يقال: «تطليقتين البتة».. فجعل صفة له، واستثنى واحدة منهما.. فيقع واحدة بائنة.

وكذا: «أنت طالق اثنتين إلا واحدة البتة».. يقع واحدة بائنة؛ لأن «البتة» لا تصلح صفة للمستثنى؛ لعدم وقوعه، وتصلح صفة للمستثنى منه، فجعل صفة للكل، أو للمستثنى منه كأنه قال: البتة إلا واحدة.

ولو قال: «أنت طالق ثلاثاً البتة إلا واحدة» أو «أنت طالق ثلاثاً بائنة إلا واحدة».. يقع رجعيّتان؛ لأن كلاً منهما وصف أصليّ للثلاث لا يوجد بدونهما، فلا يفيد إلّا ما أفاد الثلاث، فلا يعتبر، فصار كأنه قال: «أنت طالق ثلاثاً إلّا واحدة».

* * *

(بَابُ طَلَاقِ الْمَرِيضِ)

الْحَالةُ الَّتِي يصيرُ بهَا الرجلُ فَارّاً بِالطَّلَاقِ، وَلَا ينفذُ تبرُّعُهُ فِيهَا إلاّ من الثُّلُثِ: مَا يغلبُ فِيهَا الْهَلَاكُ؛ كَمَرَضٍ يمنعُهُ عَن إِقَامَةِ مَصَالِحِهِ خَارجَ الْبَيْتِ،

(بَابُ طَلَاقِ المَرِيضِ)

(**الحالة التي يصير بها الرّجل**)، قيدُ الرجلِ: خارج مخرج الغالب، وإلّا.. فحكم الفرار كما يثبت من جانب الرجل.. يثبت من جانب المرأة؛ كما إذا ارتدت في مرضها؛ فإنه يرثها؛ كذا في «العناية».

(**فارّاً بالطّلاق**)؛ الطّلاق الحاصل في حالة تقرّبه إلى الهلاك، سمّي «طلاق الفارّ» لفراره عن حق الزّوجة؛ لأن قصده حرمانها من الإرث.

(**ولا ينفذ تبرّعه فيها إلا من الثلث**) عطف على ما قبله.

وقوله: (**ما يغلب فيها الهلاك**) خبرٌ للمبتدأ السابق.

والمراد بما يغلب: أعم من المرض وغيره من الحالة المهلكة؛ على ما سيظهر.

(**كمرض يمنعه عن إقامة**) [٤٣٦/أ] (**مصالحه خارج البيت**)، وإن أمكنه القيام في البيت؛ على ما في «الزيلعي»؛ كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد، وعجز السّوقي عن الإتيان إلى دكانه؛ كذا في «البحر»:

وأما من يقضي حوائجه في خارج البيت وهو يشتكي.. لا يكون فارّاً؛ لأن الإنسان قلّ ما يخلو عنه؛ كذا في «الزيلعي» وسيظهر به في الكتاب.

وقيل: المريض من لا يقدر على أداء الصّلاة جالساً.

وقيل: من لا يقدر أن يقوم، إلا أن يقيمه غيره.

وقيل: من لا يقدر على المشي، إلا أن يهادى بين اثنين.

وقيل: إذا تخطّى ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره.. فهو صحيح، وإلّا.. فهو مريض.

ومبارزتُهُ رجلاً، وتقديمُهُ ليقْتَلَ فِي قصاصٍ أَو رَجمٍ.

فَلَو أبانَ امْرَأَتَهُ، ....

والصحيح: ما ذكره المصنف.

ثم ما ذكره: في حق الرّجل، وأما في حق المرأة: فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت؛ على ما صرّح به في «البزازية»، وتفصيله في طلاق المريض من «العمادي» و«الفصولين».

(ومبارزته). عطف على قوله: «مرض» - (رجلاً)؛ أي: في الحرب ، وعن أبي حنيفة: أنّ المبارز كالصحيح.

(وتقديمه ليقتل في قصاص أو رجم)، أو انكسرت سفينته وبقي على لوح.

وقيل: إن من قدم لقصاصٍ: كالصّحيح؛ لأن العفو عن القصاص مندوب إليه، بخلاف الرجم.

واختلف في المشلول والمفلوج والمقعد، فقال محمد بن سلمة: إن كان لا يرجى برؤه بالتداوي.. فكالمريض، وإلّا.. فكالصحيح.

وعن الهندواني: إن كان يزداد أبداً.. فكالمريض، وإن كان يزداد مرة ويقل أخرى.. فكالصّحيح.

وفي «الذخيرة»: إن لم يزدد.. فكالصّحيح، وعليه فتوى صدر الشهيد.

(فلو أبان امرأته) بأن طلّقها طلقة بائنة أو ثلاثاً أو قال: «جامعت أمّ امرأتي وبنتها».

قيد بالإبانة؛ لأنه لو طلّقها رجعيّاً.. ورثت منه ما دامت في العدة، لكن لا باعتبار الفرار، بل باعتبار أن حكم النكاح باقٍ من كلّ وجه؛ على ما في «الزيلعي» و«العناية».

والمراد بالإبانة: بغير رضاها؛ لأنه لو أبانها في تلك الحالة بطلبها.. لا ترث منه على ما سيأتي.

وَهُوَ. بِتِلْكَ الْحَالةِ، ثـمَّ مَاتَ عَلَيْهَا بذلكَ السَّبَبِ أَو بِغَيْرِهِ وَهِي فِي الْعِدَّةِ.. ورِثَتْ.

(**وهو بتلك الحالة، ثم مات عليها**) أي تلك الحالة؛ لأنه لو لم يمت عليها بأن أبانها في تلك الحالة، ثم صحّ منها، ثم مات.. لا ترث.

(**بذلك السبب أو بغيره**)؛ بأن مات في تلك الحالة بغير ذلك المرض، وفيه خلاف عيسى بن أبان؛ هو يقول: أن مرض الموت ما يكون سبباً للموت، ولمّا مات بسبب آخر.. علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت.

قلنا: الموت اتصل بمرضه، حيث لم يصح حتّى مات، وقد يكون للموت سببان، فلم يتبين أنّ مرضه لم يكن مرض الموت، وأن حقّها لم يتعلق بماله.

(**وهي في العدّة**)؛ لأنه لو مات بعد انقضاء العدة.. لا ترث منه.

(**.. ورثت**) إن كانت ممّن ترث، وإلّا - بأن كانت كتابية أو أمة - لا ترث، وهذا عندنا.

وقال الشافعي في الجديد، وابن المنذر: إنها لا ترث قبل انقضاء عدّتها، ولا بعد انقضائها؛ لأن سبب إرثها منه هي الزوجية، وقد بطلت بالطلاق قبل الموت، فصار كما لو طلّقها قبل الدخول، أو في الصّحة.

ولنا: أن الزّوجية سبب إرثها منه في مرض موته، وهو قَصَدَ إبطاله [٤٣٦/ب] بالطلاق فيُرَدُّ عليه بتأخير عمل الطّلاق، وهو: الحرمان عن الإرث إلى زمان انقضاء العدة؛ دفعاً للضرر عنها.

ولا يخفى عليك أن هذا من قبيل تخصيص العلة، والمخلص معروف في الأصول.

فإن قيل: لو كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها.. وجب أن يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها، وما قبل انقضاء العدة وما بعده.

قلنا: توريثها منه بعد وقوع الطلاق: إنما يصح إذا أمكن تأخير عمل الطلاق؛

وَكَذَا لَو طَلَبتْ رَجْعِيَّةً فَطلَّقهَا ثَلَاثاً.

ومبانةٌ قبَّلتِ ابْنَهُ بِشَهْوَةٍ.

وَلَو أَبَانهَا وَهُوَ مَحْصُورٌ، أَو فِي صفِّ الْقِتَالِ، أَو مَحْبُوسٌ لقصاصٍ أَو رجمٍ، أَو يقدر على الْقيامِ بمصالِحِهِ خَارجَ الْبَيْتِ لكنَّهُ مشتكٍ أَو مَحْمُومٌ.. لَا تَرِثُ.

ليكون النكاح قائماً، وإنما أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة؛ لأن النكاح باق في العدة في حقّ بعض الآثار: من حرمة التزوج، والخروج، ونكاح الأخت، ونكاح الرابعة سواها.. فجاز أن يبقى في حق إرثها منه؛ دفعاً للضرر عنها.

بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة؛ لأن التأخير فيه غير ممكن؛ لعدم بقاء النكاح أصلاً.

وبخلاف ما لو ماتت المرأة في تلك الحالة في العدة؛ حيث لا يرث الزوج منها؛ لأنه رضي بحرمانه عن الإرث منها، حيث أقدم على طلاقها، ولأنه لم يكن النكاح قائماً بوجه؛ لانقطاعه بموتها، ولأنه لم يتعلّق حقّه بمالها بعد الطلاق؛ لأنه مريض وهي صحيحة.

(**وكذا**)؛ أي: ترث هي منه (**لو طلبت**) طلقة (**رجعية فطلّقها ثلاثاً**)؛ لأن الرجعي لا يزيل النكاح، فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقّها.

(**ومبانةٌ قبّلت ابنه بشهوة**) يعني: إذا أبانها في تلك الحالة، فطاوعت ابن زوجها بالجماع أو القبل.. ورثت منه؛ لأنها بالمطاوعة ما أبطلت أهلية الإرث؛ لأن المَحْرَمِيَّة لا تنافي الإرث.

(**ولو أبانها وهو محصور، أو في صف القتال، أو محبوس لقصاص أو رجم، أو يقدر على القيام بمصالحه خارج البيت، لكنه مشتك أو محموم.. لا ترث**)؛ لأن الغالب فيها الصحة والسّلامة لدفع بأس العدوّ، وكذا المنعة، فلا يثبت به حكم الفرار.

وَكَذَا المختلعةُ، ومخيَّرةٌ اخْتَارَتْ نَفسَهَا، وَمَن طُلِّقَتْ ثَلَاثاً بأَمرِهـا، أَو بِغَيْرِ أَمرِهَا لَكِن صَحَّ ثـمَّ مَاتَ، وَمنِ ارْتَدَّتْ بَعْدَمَا أَبَانَهَا ثـمَّ أَسلمت، وَكَذَا مَفرَّقةٌ بِسَبَب: الْجَبِّ، أَوِ الْعِنَّةِ، أَو خِيَارِ الْبلُوغِ، أَوِ الْعتْقِ.

وَلَـو فعلت ذَلِكَ وَهِيَ مَرِيضَةٌ لَا تقدرُ على الْقيامِ بمصالحِ بَيتِهَا، ثُمَّ مَاتَت وَهِيَ فِي الْعدَّةِ.. ورثَهَا.

(وكذا المختلعة) أي لا ترث منه، وإن مات في عدتها؛ لأنها رضيت بإبطال حقّها، وتأخير عمل الطلاق: إنما هو لحقها؛ على ما ذكرناه.

(ومخيّرة) بخيار البلوغ أو العتق أو تفويض الطلاق إليها أو الجب أو العنة (اختارت نفسها)، إنما لا ترث هي منه؛ لما مر أنها رضيت بإبطال حقّها.

(ومن طلّقت ثلاثاً بأمرها)؛ لما مر أيضا.

(أو بغير أمرها، لكن صحّ، ثم مات):

وقال زفر: ترث هي؛ لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدّة.

قلنا: المرض إذا تعقبه برء.. فهو بمنزلة الصحة لانعدام مرض الموت، فتبيّن أنه لا حقّ لها يتعلّق بماله، فلا يصير به فاراً.

(ومن ارتدّت بعدما أبانها، ثم أسلمت) وقد مات الزوج بتلك الحالة وهي في العدة؛ لأنها بالردة أبطلت أهلية الإرث، ولا بقاء بدون الأهلية.

(وكذا) لا ترث (مفرقة بسبب الجب أو العنة أو خيار البلوغ أو العتق)؛ لما ذكرناه.

(ولو فعلت) المرأة (ذلك)؛ أي الفرقة بسبب الأشياء المذكورة (وهي مريضة لا تقدر على القيام بمصالح بيتها)؛ أي: لا تقدرها في بيتها (ثم ماتت) [٤٣٧/أ] (وهي في العدّة)؛ أي عدة تلك الفرقة (.. ورثها)؛ أي ورث الزوج منها؛ لأن حكم الفرار كما يثبت من جانب الزّوج.. كذلك يثبت من جانب الزّوجة؛ على ما قدّمناه.

وَلَو أَبَانَهَا بِأَمرِهَا فِي مَرضِهِ، أَو تَصَادقَا أَنَّهَا كَانَت حَصَلَت فِي صِحَّتِهِ وَمَضَتِ الْعِدَّةُ ثُمَّ أوصى لَهَا أَو أقرَّ بدَينٍ.. فلهَا الْأَقَلُّ مِن إِرثِهَا وَمِمَّا أَوصى، أَو أقرّ.

وَإِن علَّقَ الطَّلَاقَ بِفعلِ أَجْنَبِيٍّ أَو بمجيءِ الْوَقْتِ ....

(ولو أبانها بأمرها في مرضه أو تصادقا أنها)؛ أي الإبانة (كانت حصلت في صحته ومضت العدّة، ثم أوصى) الزوج (لها أو أقرّ بدين.. فلها)؛ أي: لتلك المرأة (الأقل من إرثها ومما أوصى أو أقر) الزّوج؛ هذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمّد في المسألة الثانية: يصح وصيّته وإقراره، فلها جميع ما أوصى أو ما أقرّ وهو قول زفر في المسألة الأولى؛ لأن الميراث لمّا بطل بسؤالها.. زال المانع من صحة الإقرار والوصيّة.

ووجه قولهما في المسألة الثانية: أنهما لمّا تصادقا على الطّلاق وانقضاء العدّة.. صارت أجنبية عنه فانعدمت تهمة إيثار الزّوج الزوجةَ على سائر الورثة، ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها:

بخلاف المسألة الأولى؛ لأن العدة باقية وهي سبب التهمة، والحكم يدار على دليل التّهمة.. فلا يصح إقراره ووصيّته، ولهذا: لا يجوز إقراره ووصيّته لمنكوحته وذوي قرابته، ولا عدة في المسألة الثانية.

ولأبي حنيفة في المسألتين: أن التهمة قائمة؛ لأن المرأة قد تختار الطّلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقّها، والزّوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدّة؛ ليحس بماله زيادة على ميراثها، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها، ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه، ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة ولا تهمة في حق هذه الأحكام.

(وإن علّق الطّلاق بفعل أجنبي) بأن قال: «إذا دخل فلان الدار.. فأنت طالق».
(أو بمجيء الوقت) بأن قال: «إذا جاء رجب.. فأنت طالق».

فَوُجِدَ؛ فَإِن كَانَ التَّعَلُّيقُ وَالشّرطُ فِي مَرَضِهِ.. ورثَت، وَإِن كَانَ أَحدُهمَا فِي الصِّحَّةِ.. لَا تَرثُ، وَإِن علَّقَ بِفعلِ نَفسِهِ وهما فِي الْمَرَضِ أَوِ الشَّرْطُ فَقَط.. ورِثَتْ.

(**فوجد**) الشرط (؛ **فإن كان التّعليق والشرط في مرضه.. ورثت**) بحكم الفرار، (**وإن كان أحدهما**)؛ أي: التّعليق، والإضافة: للعهد (**في الصّحة**) والشرط في المرض (**.. لا ترث**).

وقال زفر: ترث؛ لأن المعلّق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فكان تطليقاً بعد تعلق حقّها بماله.

ولنا: أنه كالمنجز عنده حكماً لا قصداً، حتى لو وجد الشّرط وهو مجنون: يقع، ولو كان قصداً.. لما وقع؛ لعدم القصد منه.

ولو علّق طلاق امرأته بشرط، ثم حلف أن لا يطلق امرأته، ثم وجد الشرط.. لا يحنث، فلو كان تطليقاً.. قصد الحنث؛ فإذا لم يكن عن قصد.. لم يكن متعدياً، والفرار بالتّعدي.

(**وإن علّق بفعل نفسه**) سواء كان فعله مما لا بدّ منه أو لا (**وهما**)؛ أي: التعليق والشرط (**في المرض أو الشرط فقط.. ورثت**)؛ لأنه صار قاصداً إبطال حقّها بالتّعليق والشرط، أو بالشرط وحده.

فإن قيل: ينبغي أن لا يكون فارّا في فعله الذي لا بدّ له منه.

أجيب: بأن الاضطرار في جانب الفاعل لا ينفي الضمان؛ كمن اضطرّ إلى أكل مال الغير وقتل الجمل الصّائل عليه، وبأنه: وإن كان مضطّرا في الفعل ولكنه ليس بمضطّر [٤٣٧/ب] في التّعليق.

ومنه علم: أنه لو قال في صحته: «إن لم أخرج عن هذه القرية.. فامرأتي طالق ثلاثاً» ولم يخرج منها حتى مات فيها.. فامرأته تطلق ثلاثاً قبيل موته؛ لتحقق الشّرط قبيل موته، وترث منه؛ لأن الشرط - أعني عدم الخروج - تحقق في مرض موته،

وَكَذَا لَو علَّق بِفِعْلِهَا وَلَا بدّ لَهَا مِنْهُ وهما فِي مَرضِهِ، وَكَذَا لَو كَانَ الشَّرْطُ فَقَط فِيهِ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَإِن كَانَ لَهَا بَدٌّ.. لا تَرِثُ على كلِّ حَالٍ.

ووقع الطّلاق في مرض موته؛ لأن قبيل الموت: وقت مرض الموت. هذه المسألة واقعة الفتوى.

ولو ماتت المرأة والحالة هذه.. لا يرث الزوج منها؛ لأنه أبانها في مرض موتها، فيجازى بالحرمان، وبقاء العدة غير مقيد لانقطاع حق الزوجيّة بالبينونة التامّة.

(**وكذا**)؛ أي ترث (**لو علّق بفعلها، ولا بدّ لها منه وهما في مرضه**) كأكل الطعام وصلاة الفرض؛ لأنها مضطرّة في المباشرة؛ لأن لها في الامتناع خوف الهلاك في الدّنيا أو في الآخرة، ولا رضاء مع الاضطرار.

(**وكذا**)؛ أي ترث (**لو كان الشرط فقط فيه**)؛ أي: في المرض، (**خلافاً لمحمد**)، وزفر معه، قالا: لا ترث منه؛ لأنه حين علّق الطّلاق بفعلها لم يكن في ماله لها حق، فلا يتهم بالقصد إلى الفرار، ولم يوجد بعد ذلك منه صنع، غاية ما في الباب: أن ينعدم رضاها أو فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بداً، فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر، وقد تقدم أن هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصحة.. فكذلك ههنا؛ لما أن الزوج لم يباشر العلّة، ولا الشرط في مرضه، فلا يكون فاراً:

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أنّ الزوج ألجأها إلى جعل فعلها الذي لا بدّ لها منه علّةً لإسقاط حقّها، فينتقل الفعل إليه؛ كأنّها آلة له كما في الإكراه.

(**وإن كان لها منه بدّ.. لا ترث على كلّ حال**) أي حال وجودهما في المرض وحال وجود الشرط فيه فقط؛ لأنها رضيت بالشّرط، والرضاء به: يكون رضاً بالمشروط.

وَإِن قَذفهَا أَو لَاعن وَهُوَ مَرِيضٌ.. ورثت.

وَكَذَا لَو كَانَ الْقَذْفُ فِي الصِّحَّةِ وَاللّعانُ فِي الْمَرَضِ، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَإِن آلى مِنْهَا وَبَانَتْ بِهِ؛ فَإِن كَانَا فِي الْمَرَضِ.. وَرِثَتْ، ....

فإن قيل: لا نسلم ذلك؛ فإن أحد شريكي العبد إذا قال لصاحبه: «إن ضربَته فهو حرّ» فضربه.. عتق، وللضارب ولاية تضمين الحالف، مع أنّ الضارب ضربه باختياره، فلم يجعل ذلك منه رضى.

أجيب: بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بإجماع الصحابة بشبهة العدوان، فيقبل حكمه أيضا بشبهة الرّضاء، ولا كذلك حكم الضمان، وقد وجد ههنا بشبهة رضى المرأة.. فكفى ذلك لنفي حكم الفرار.

(**وإن قذفها أو لاعَنَ وهو مريض**) في وقت القذف واللعان (**.. ورثت**) بالاتفاق.

(**وكذا**)؛ أي ورثت (**لوكان القذف في الصحة واللعانُ في المرض**)؛ هذا عندهما.

(**خلافاً لمحمد**) قال: لا ترث؛ لأن الطلاق إنما يقع بلعانها دون لعان الزوج؛ لأنه آخر اللعانين، فيكون آخر المدارين.

فإن قيل: الفرقة إنما تقع بقضاء القاضي عندنا.. فكان القضاء آخر المدارين.

أجيب: بأن اللّعان شهادة عندنا على ما سيأتي، والحكم أبداً: يثبت بالشهادة لا بالقضاء.

ووجه قولهما: أن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها، إلا أنها مضطرة في ذلك الاستدفاع الفار عن نفسها [٤٣٨/أ] فكان ملحقاً بفعل المرأة الذي لا بدّ لها منه وقد تقدّم الوجه فيه.

(**وإن آلى**) أي الزوج (**منها وبانت**) منه (**به**) أي بسبب الإيلاء، (**فإن كانا في المرض.. ورثت**)؛ لأن القصد إلى الفرار: قد تحقق منه في حال مرضه.

وَإِن كَانَ الْإِيلَاءُ فِي الصِّحَّةِ.. لَا.

وَفِي الرَّجْعِيِّ تَرِثُ فِي جَمِيعِ الْوُجُوهِ إِن مَاتَ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ، وإِلاّ.. لَا.

(**وإن كان الإيلاء في الصحة.. لا**)؛ لأن الإيلاء في معنى تعليق الطّلاق؛ بمضي أربعة أشهر خال عن الجماع، فيكون بالتعليق بمجيء الوقت، وهي لا ترث فيه؛ على ما ذكرناه من أن المعلّق بالشرط.. كالمنجّز عنده حكماً لا قصداً، فلا يكون متعدّياً، والفرار بالتعدي.

(**وفي الرَّجعيِّ ترث في جميع الوجوه**)؛ أي: سواء كان الطلاق بسؤالها أو لا، وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله، وسواء كان الفعل ممّا لها فيه بد أو لم يكن.

(**إن مات**) الزوج (**وهي في العّدة**) لبقاء الملك؛ لأن الرجعي لا يزيل النكاح، حتى يحلّ الوطء، فكان السبب قائماً.

(**وإلّا**)؛ أي: وإن لم يكن في العدة (**..لا**) ترث لزوال الملك بالكيلة.

* * *

(بَابُ الرَّجْعَةِ)

هِيَ اسْتِدَامَةُ النِّكَاحِ الْقَائِمِ فِي الْعِدَّةِ.

فَمن طلَّقَ مَا دونَ ثَلَاثٍ بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ أَو بِالثلَاثِ الأُوَلِ مِن كناياتِهِ وَلم يَصِفْهُ بِضَرْبٍ مِنَ الشدَّةِ،

(بَابُ الرَّجْعة)

لما كانت الرجعة متأخّرة عن الطّلاق طبعاً.. أخره وضعاً؛ ليناسب الوضعُ الطبّعَ.

و(**هي**) في اللغة: مصدر رجع [رَجعة] بفتح الرّاء وكسرها، والفتح أفصح.

وفي الشريعة: (**استدامة النكاح القائم في العدة**)؛ أي بقاء النكاح على ما كان ما دامت في العدّة؛ لأن النكاح قائم لا زائل؛ لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ أي لهم حق الرجعة، لا أن يكون لها أو للأجنبي حق، فيكون البعل أولى؛ لأنها ليس لها أن تمنع البتة، ولا للأجنبي أن يتزوجها ما دام حقه باقياً.

وإنما اشترطت العدة؛ لأن بعد انقضائها لا يسمّى بعلاً، ولا له حقّ، بل هو والأجنبي فيها سواء:

وقوله: «في العدة» متعلق بالاستدامة؛ إشارة إلى هذا الشرط، ولها شروط أخر أشار إليها بقوله:

(**فمن طلّق ما دون ثلاث**)؛ إذ لا رجعة بعد الثلاث.

(**بصريح الطلاق أو بالثلاث الأُول من كناياته**)؛ أعني قوله: «اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة»؛ إذ لا رجعة بغير هذه الألفاظ؛ لأن الواقع بغيرها بائن، ولا رجعة بعد البينونة؛ لزوال الملك:

(**ولم يصفه بضرب من الشدة**)؛ لأن الموصوف بها بائن، ولا رجعة في البائن:

وَلـم يكـن بِمُقَابلَـةِ مَـالٍ.. فَلـهُ أَن يُرَاجِـعَ وَإِن أَبَـت مَـا دَامَـت فِـي الْعِـدَّةِ، بقولـه: «رَاجَعتُكِ، أَو راجعتُ امْرَأَتي»، أَو بِفعلٍ مَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ مِن وطءٍ وَمَسٍّ وَنَحْوِهِ

(ولم يكن بمقابلة مال)؛ لأن ما يقابل المال بائن وبعد هذه الشروط (.. **فله أن يراجع وإن**) - وصلية - (**أبت**)؛ لقوله تعالى ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾ من غير فصل بين الراضية وغيرها، ومعنى الإمساك: هو الإبقاء على ما كان، وهو معنى الرجعة.

وقوله: (**ما دامت في العدّة**): إشارة إلى اشتراط العدة في الرجعة، ولا حاجة إلى ذكره بعد قوله: «في العدة» في أوّل الباب.

ثـم شرع في بيان ما به الرجعة من القول والفعل، ولا خلاف في جوازها بالقول، وفي جوازها بالفعل: خلاف الشافعي؛ على ما سيأتي.

(**بقوله: راجعتك**) أو نكحتك إن كان في حضرتها.

(**أو راجعت امرأتي**) إن كان في غيبتها بشرط الإعلام ، وكذلك قوله: رددتك أو أمسكتك.

(**أو بفعل يوجب حرمة المصاهرة من وطء ومسّ**) بشهوة (**ونحوه**)؛ من القبلة والنظر بشهوة إلى [٤٣٨/ب] فرجها الدّاخل؛ على ما في «الكفاية».

والنظر إلى دبرها ليس برجعة؛ على ما في «كمال الدراية»:

وكذا النظر إلى سائر بدنها، والمسّ بها بغير شهوة.

واختلف في الوطء في الدبر، قيل: إنه ليس برجعة.

وقيل: إنه رجعة، وعليه الفتوى؛ على ما في الزيلعي.

وقال الشافعي: لا تصح الرجعة إلّا بالقول مع القدرة عليه؛ لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح؛ لثبوت الحلّ بها، وابتداء النكاح: لا يصحّ بالوطء ودواعيه، فكذا هذا.

قلنا: هي عبارة عن استدامة النكاح على ما مرّ، والفعل قد يقع دليلاً على

مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ.

الاستدامة؛ كما في إسقاط الخيار؛ فإن من باع جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم وطئها في مدة الخيار يسقط الخيار، والأفاعيل المذكورة: تختص بالنكاح.. فيصح أن تقع دليلاً على استدامته.

بخلاف المسّ والنّظر بغير شهوة؛ لأنه قد يحلّ بدون النكاح؛ كما في القابلة والطبيب، والشهادة في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة، والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين السّاكنين، والزوج يساكنها في العدة، فلو كان النظر إليه رجعة.. لطلقها جديداً، فتطول عليها العدة، وفيه ضرر بها، فلا يجوز.

(من أحد الجانبين)؛ فلو قبلته أو لمسته أو نظرت إلى ذكره بشهوة وعلم الزوج ذلك.. وتركها حتى فعلت ذلك فهي رجعة عند أبي حنيفة ومحمد؛ على ما قاله الإمام السرخسي وشيخ الإسلام؛ اعتباراً بالمصاهرة.

وليس برجعة عند أبي يوسف؛ لأن الرجعة إنما تكون من جانب الزوج.

ولهما: أن فعل الزّوج إنما جعل رجعة؛ حملاً له على الحلّ.. فيستوي فيه الرجل والمرأة، ولهذا لو أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم.. يكون رجعة.

ولو أنكر الزوج أنها فعلته بشهوة فيشهدوا بها.. لا يقبل؛ على ما في «المبسوط»؛ لأن الشهوة لا يمكن إثباتها بالبينة، وتقبل على ما في «الجامع».

ولو تزوج المطلقة طلاقاً رجعياً.. يصير مراجعاً عند محمد.

ويصير لغواً عند أبي حنيفة.

وعن أبي يوسف فيه روايتان.

والمختار: قول محمد؛ على ما في «الخلاصة»، وعليه الفتوى؛ على ما في «الينابيع» كذا ذكره في البحر.

وقال: وعلم منه: أن لفظ النكاح والتزوج قد يستعار للرجعة؛ يعني أن الرجعة في هذه المسألة بالقول لا بالفعل:

وَنُدِبَ الْإِشْهَادُ عَلَيْهَا ....

وهل يستعار لفظ الرجعة للنكاح؟ فقد ذكر في «الخلاصة»: أنه لو طلق امرأته، ثم قال: «إن راجعتها فهي طالق ثلثاً» فانقضت عدّتها فتزوجها.. لم تطلق، ولو كان الطلاق بائناً.. تطلق. انتهى.

وعلّله في «المحيط»: بأنّها لمّا لم تكن محلاً.. انصرف إلى النكاح مجازاً؛ يعني أنه إذا أمكن انصراف اللفظ إلى حقيقته وقت التعليق وانصرف إليها.. لا يصير بعدها مجازاً، وإلا.. صار مجازاً.

ولو طلّقها رجعيّاً، ثم جنّ، ثم راجعها بفعل أو قول:

قيل: لا يصح بهما.

وقيل: يصح بهما.

وقيل: يصح بالفعل دون القول؛ كذا في «القنية».

واقتصر في «البزازية» على القول الأخير، ورجّحه في «البحر»: [٤٣٩/أ] بأنّ المجنون مؤاخذ بأفعاله دون أقواله.

(**وندب الإشهاد عليها**) بأن يقول لاثنين: «اشهدوا عليّ أنّي قد راجعت امرأتي»، وإن لم يشهد.. صحّت رجعته.

وعن الشافعي ومالك: أنها لا تصح بدون الإشهاد؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ والأمر للإيجاب.

ولنا: إطلاق النصوص الواردة في الرجعة عن قيد الإشهاد؛ كقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾، ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾، ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا﴾، ولأن الرجعة استدامة النكاح على ما تقدّم، والاستدامة: إنّما هي حال البقاء، والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء بالاتفاق، فكانت كالفيء في الإيلاء في أن الشهادة عليه ليست بشرط؛ لكونه حالة البقاء، إلا أنها مستحبة للاحتياط؛ كيلا يجري التناكر فيها.

وإِعلامُها بهَا.

وَلَو قَالَ بعد الْعدة: «كنتُ رَاجَعتُكِ فِيهَا» فصدَّقته.. صحَّت.

وإِلاّ.. فَلَا.

وَلَو قَالَ: «رَاجَعتُكِ» فَقَالَت ....

وما تلوه محمول على الاستحباب دفعاً للتناكر.

(و) ندب أيضاً: (اعلامها)؛ أي الرجعةَ (بها) أي بالمرأة؛ لأنه لو لم يعلمها.. لربّما تزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها على زعم عدم الرجعة من الزوج ويطؤها الزوج الثاني، فوقعت في العصيان، وكذا الزوج الأول؛ لتركه الإعلام، ويفرق بينها وبين الزوج الثاني؛ سواء دخل بها أو لا؛ على ما قاله الحاكم الشهيد.

ولو لم يعلمها.. لصحّت؛ لأنها استدامة النكاح القائم وليست بإنشاء، فكان الزوج بالرجعة متصرفاً في خالص حقّه، وتصرف الإنسان في خالص حقه.. لا يتوقف على علم الغير.

وفي «الخلاصة»: ويشهد على رجعتها ويعلمها؛ فإن لم يشهد أو أشهد ولم يعلمها.. كان مخالفاً للسنة.

(**ولو قال**) الزوج (**بعد**) انقضاء (**العدة: كنت راجعتك فيها**)؛ أي: في العدة (**فصدقته.. صحّت**)؛ لأن بتصادق الزوجين.. يثبت النكاح، فالرجعة أولى.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم تصدقه (.. **فلا**) تثبت الرجعة؛ لأن الزوج يدّعي ما لا يملك إنشاءه في الحال، وهي منكرة.. فالقول قولها بلا يمين عليها؛ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

بخلاف ما إذا كانت العدة باقية؛ حيث يكون القول فيها قوله؛ لأنه ادّعى ما يملك إنشاءه في الحال، فلا يكون منها فيه كالوكيل بالبيع إذا قال: «بعته من فلان»؛ فإنه يصدق قبل العزل لا بعده.

(**ولو قال: راجعتك**) فيها أي في العدة (**فقالت**) متصلاً بكلامه - لأنها لو قالت

مجيبةً لَهُ: «انْقَضتْ عِدَّتي».. فَالْقَوْلُ لَهَا، وَلَا تصحُّ الرّجْعَةُ، خلافاً لَهما.

وَإِن قَالَ زوجُ الْأمةِ بعدَ الْعِدَّةِ: «كنتُ راجعتُ فِيهَا» فَصدَّقهُ سَيِّدُهَا وكذَّبته.. فَالْقَوْلُ لَهَا.

وَعِنْدَهُمَا: للسَّيِّدِ.

ذلك منفصلا بعد المكث لصحت الرجعة بالاتّفاق - (**مجيبة له: انقضت عدّتي.. فالقول لها، ولا تصح الرجعة**) عند أبي حنيفة:

(**خلافا لهما**)؛ لأن عدّتها باقية ظاهراً إلى أن تخبر انقضائها، وقد كانت الرجعة واقعةً قبل إخبار انقضائها، فكانت واقعة في العدة.. فتصح لا محالة؛ كما لو قال لها: «طلقتك» فقالت مجيبة له: «قد انقضت عدّتي».. وقع الطّلاق على الأصح؛ على ما في «الخلاصة» عن الإمام السرخسي:

ولأبي حنيفة: أنّ الرجعة صادفت حالة الانقضاء؛ لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء، [٤٣٩/ب] وقد أخبرت بذلك، والإخبار يقتضي سبق المخبر عنه، ولا دليل على مقدار معيّن.. فيحمل على أقرب الأحوال، وهو حال قول الزوج، وإذا صادفت حالة الانقضاء: لا تكون معتبرة.

ومسألة الطّلاق خلافية أيضاً، ولو سلم أنها اتفاقية، لكن الطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء؛ لعدم التهمة، والمراجعة لا تثبت به للتهمة.

(**وإن قال زوج الأمة بعد العدة كنت راجعت فيها، فصدقه فيها سيدها وكذبته**) الأمة (**.. فالقول لها**)؛ أي للأمة عند أبي حنيفة:

(**وعندهما للسّيد**)؛ لأن منافع البضع مملوكة بعد انقضاء العدّة، فكان الإقرار بها للزوج إقراراً بما هو خالص حقّه، فلا مردّ له، فكان كالإقرار بأنه زوّج أمته من فلان.

ولأبي حنيفة: أن صحة الرجعة وعدمها يبتني على بقاء العدة وعدمه، وكل ما

وَفِي عَكسِهِ: القَوْلُ للسَّيِّدِ اتِّفَاقاً فِي الصَّحِيحِ.

وَإِن قَالَ: «رَاجَعتُكِ» فَقَالَت: «مَضَت عِدَّتي» وأنكرا.. فَالْقَوْلُ لَهَا.

وَإِذا طَهُرت مِنَ الحيضِ الْأَخيرِ لعشرةٍ.. انْقَطَعتِ الرَّجْعَةُ وَإِن لم تَغْتَسِل.

وَإِنِ انْقَطَعَ لأَقلَّ.. لَا، مَا لم تَغْتَسِل، ....

هو كذلك: يبتني على قول من يكون القول قوله في ذلك؛ لكونه أميناً، والقول في العدة: قولها، فحكم الرجعة يبتني على قولها، وبتصديقه الزوج في الرجعة.. لم يبق له حق في منافع بضعها، فلا يكون إقراراً بما هو خالص حقّه، بخلاف الإقرار بتزوج أمته؛ فإنه إقرار بذلك.

(**وفي عكسه**)؛ أعني: صدَّقته الأمة وكذبه سيدها (.. **القول للسيد اتفاقاً في الصّحيح**).

أما عندهما: فلأنّ منافع البضع حقه، والزوج يدعيها عليه وهو ينكره: والقول للمنكر.

وأما عنده؛ فلأنها منقضية العدة في الحال بالاتفاق، وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله.. فلا يقبل قولها فيه، بخلاف الوجه الأوّل؛ لأن المولى بالتصديق مقر بقيام العدّة عند الرجعة، ولا يظهر ملكه مع العدّة.

(**وإن قال: راجعتك، فقالت: مضت عدّتي، وأنكرا**)؛ أي المولى والزوج (..**فالقول لها**) بالاتفاق، فلا تصح الرجعة، إلا إذا برهن الزوج عليها؛ لأنه نوّر دعواه بالبينة.

(**وإذا طهرت من الحيض الأخير**)؛ أي الحيضة الثالثة (**لعشرة**)؛ أي لتمام عشرة أيام.. (**انقطعت الرجعة، وإن لم تغتسل**)؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة، فبمجرد الانقطاع لتمام عشرة.. خرجت من الحيض، فانقضت العدة وانقطعت الرّجعة.

(**وإن انقطع لأقل**) من العشرة (.. **لا**) تنقطع الرجعة (**ما لم تغتسل**)، ولو بسؤر

أَو يمْضِيَ عَلَيْهَا وَقتَ صَلَاةٍ، أَو تتيمَّمُ وَتُصلِّيَ.

وَعند مُحَمَّدٍ: تَنْقَطِعُ بِالتَّيَمُّمِ وَإِن لم تصلِّ.

وَفِي الْكِتَابِيَّةِ: بِمُجَرَّدِ الِانْقِطَاعِ اتِّفَاقاً.

وَلَوِ اغْتَسَلت ونسيَت أَقلَّ مِن عُضْوٍ.. انْقَطَعت.

وَإِن نسِيَتْ عضواً.. لَا.

الحمار، لكنها لا تصلي به حتّى تغتسل بماء آخر أو تتيمم؛ لاحتمال نجاسته.

(**أو يمضي عليها وقت صلاة أو تيمم وتصلي**.

وعند محمّد: تنقطع بالتيمم، وإن لم تصل)؛ لأن فيما دون العشرة: يحتمل عود الدم، فلا بد من أن يقصد الانقطاع بشيء من أحكام الطاهرات، وذلك بالاغتسال؛ لأنه يحل لها به القراءة ودخول المسجد والصلاة وغيرها.

أو يمضي عليها أدنى وقت صلاة؛ أي قدر ما تقدر فيه على الاغتسال والتحريمة، أو على التيمم والصلاة؛ لأنه إذا مضى عليها هذه المدة.. صارت الصّلاة ديناً في ذمّتها، وهو من أحكام الطّاهرات.

(**وفي الكتابيّة: بمجرد الانقطاع اتفاقاً**)، وإن كان لأقل من عشرة أيام، ويحلّ قربانها [٤٤٠/أ] وإن توهّم عود الدم؛ لأن القياس أن لا يعتبر الموهوم أصلاً، ولا يعارض المحقّق، إلّا أنا تركناه في المسألة استحساناً بالأثر، فيبقى في الكافرة على الأصل، ولأن الأمارة الزائدة؛ من الغسل ومضي وقت صلاة: متعذرة في حقها.. فلا تعتبر.

(**ولو اغتسلت ونسيت أقلّ من عضو.. انقطعت**) الرجعة.

(**وإن نسيت عضواً.. لا**) تنقطع استحساناً، والقياس في العضو الكامل: أن لا تنقطع الرّجعة؛ لأنها غسلت الأكثر، وله حكم الكلّ، وفي العضو الناقص: أن تبقى الرجعة أيضاً؛ لأن حكم الحدث: لا يتجزأ زوالاً؛ كما لا يتجزأ ثبوتاً، فبقيت على ما كان قبل الاغتسال.

وكلٌّ مِنَ الْمَضْمَضَةِ وَالِاسْتِنْشَاقِ كالأَقلّ.

وَفِي رِوَايَةٍ عَن أَبِي يُوسُفَ: كتمامِ الْعُضْوِ.

وَلَو طلَّق حَامِلاً أَو مَن وَلَدَتْ مِنْهُ وَأَنكرَ وَطأَهَا: لَهُ أَنْ يُرَاجِعَ.

وفي «المبسوط»: العضو وما دونه سواء، غير أني أستحسن الفرق، ولم يذكر موضع القياس والاستحسان، فقيل: موضعها: العضو الكامل عند أبي يوسف، وما دونه عند محمد.

ثم وجه الاستحسان، وهو الفرق بينهما: أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلّته، فلا يُتَيقّن؛ لعدم وصول الماء إليه، فقلنا بالانقطاع احتياطاً، ولا يحل لها التزوج بزوج آخر حتى تغتسل؛ احتياطاً أيضاً.

بخلاف العضو الكامل؛ لأنه لا يتسارع إليه الجفاف، فلمّا لم يكن مبلولاً.. علم أنه لم يصل إليه الماء؛ لعدم الغفلة عنه عادة.. فلا تنقطع الرجعة.

(**وكل من المضمضة والاستنشاق: كالأقلّ**) في ظاهر الرّواية عن أبي يوسف، وبه قال محمّد احتياطاً؛ لأن في فرضيتها اختلافاً، فإنهما سُنَّتان في الغسل عند مالك والشافعي، فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة.

بخلاف غيرهما من الأعضاء؛ إذ لا خلاف لأحد في فرضيته.

(**وفي رواية**) أخرى (**عن أبي يوسف: كتمام العضو**)، فلا تنقطع الرجعة؛ لبقاء حكم الحيض؛ لكونهما فرضين في الجنابة.

(**ولو طلّق حاملاً أو من ولدت منه وأنكر وطأها: له**)؛ أي لذلك الزوج (**أن يراجع**)؛ لأن الحَبَل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه - بأن ولدت لستة أشهر فصاعداً من يوم التزوج؛ لأن وضَع المسألة في ذلك - جعل الحبل منه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش» فكان ذلك دليل الوطء منه.

وكذا لو ولدت منه؛ أي في عصمته، في مدّة يتصور أن يكون منه؛ بأن ولدت لستة أشهر فصاعداً من يوم التزوج؛ كما مر: جُعِلَ منه ويثبت نسبه منه في

وَإِن طلَّق مَن خلا بهَا وَأنكرَ وَطأهَا.. فَلَيْسَ لَهُ أَن يُرَاجعَ.

وَإِن رَاجعهَا ثُمَّ ولدَت بعدَ الرّجْعَةِ لأَقلَّ مِن عَاميْنِ.. صحَّتِ الرّجْعَةُ.

الموضعين، فيتأكد الملك، والطلاق في الملك المتأكد: يعقب الرجعة، ويبطل زعمه بتكذيب الشرع، حتى يثبت به الإحصان مع ثبوت تغليظ العقوبة عنده، فهذا أولى.

فإن قيل: ثبوت النسب منه: بطريق الدلالة، وإنكاره بقوله: «لم أجامعها»: صريح، والصريح فوق الدّلالة.

قلنا: نعم، إلا أن دلالة الشارع أقوى من صريح العبد.. فيعمل بها.

فإن قيل: إنه قد أقرّ بقوله: «لم أجامعها» سقوطَ حق مستحق له، وتكذيب الشارع: لا يردّه؛ كما لو أقرّ بعين في يد غيره لإنسان، ثم اشتراها منه، ثم استحقت من يده، ثم وصلت إليه بسبب من الأسباب.. يؤمر بتسليمها إلى المقرّ له، وإن كان [٤٤٠/ب] مكذباً شرعاً بالحكم المستّحق، ثم بصّحة الانتقال إليه.

أجيب: بأنه لم يتعلّق بإقراره هنا حق الغير، والموجب للرجعة، وهو الطلاق بعد الدّخول.. ثابت، فترتب عليه الحكم؛ لثبوت المقتضي وانتفاء المانع.

بخلاف المستشهد به؛ فإن المانع ثمة موجود، وهو تعلّق حقّ الغير به.

(**وإن طلّق من خلا بها وأنكر وطأها.. فليس له أن يراجع**)؛ لأن تأكّد الملك بالوطء، وقد أنكره، فيصّدق في حقّ نفسه، والرّجعةُ حقه.

فإن قيل: قد صار مكذباً شرعاً؛ لوجوب كمال المهر بهذا الطّلاق.

قلنا: ممنوع؛ لأن تأكد المهر المسمّى: يبتني على تسليم المبدل، وقد وجد ذلك بالخلوة الصحيحة، والتّسليم لا يستلزم قبضه؛ أعني: الوطء والتكذيب يبتني على القبض؛ لحصول التأكد به، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن الحمل وثبوت النسب منه: يستلزم قبض المبدل البتة، فيتأكد الملك به.

(**وإن راجعها**)؛ يعني إذا خلا بها، ثم طلّقها وأنكر وطأها، ثم راجعها (**ثم ولدت بعد**) هذه (**الرجعة لأقلّ من عامين**) من وقت الطلاق بيوم (**.. صحت الرجعة**)

وَلَو قَالَ لامْرَأَته: «إِن ولدتِ فَأَنتِ طَالِقٌ» فَولدت ولداً ثُمَّ آخرَ مِن بطنٍ آخرَ.. فَهُوَ رَجْعَةٌ.

وَإِن قَالَ: «كلَّما ولدتِ فَأَنتِ طَالِقٌ» فَولدت ثَلَاثَةً فِي بطُونٍ.. فَالثَّانِي وَالثَّالِثُ: رَجْعَةٌ، وتتمُّ الثَّلَاثُ بِوِلَادَةِ الثَّالِثِ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ بالأقراءِ.

السّابقة؛ لأنه لما ثبت النسب منه؛ لمجيء الولد منها لأقّل من سنتين وهي معتدة.. لم تقر بانقضاء عدّتها، وظهر أنه صار واطئاً قبل الطّلاق، فتأكّد الملك في البضع، والطّلاق في الملك المتأكد: يعقب الرجعة.

وإنما لم يجعل واطئاً بعد الطّلاق؛ لأنه على هذا التّقدير: يزول الملك بنفس الطّلاق؛ لعدم الوطء قبل الطّلاق.. فيحرم عليه الوطء؛ لكونها أجنبية.. فيلزم وقوعه في الحرمة العظيمة.

بخلاف ما إذا جعل واطئاً قبله؛ لأن اللازم فيه وقوعه في الكذب، وهو أهون من الزّنا.

(**ولو قال لامرأته: إن ولدت فأنت طالق، فولدت ولداً، ثم آخر من بطن آخر**) بأن ولدته بأكثر من ستة أشهر، وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدّة.. (**فهو رجعة**)؛ لأنه وقع الطّلاق عليها بالولد الأوّل ووجبت العدة، فيكون الولد الثاني: من علوق حادث منه في العدة؛ لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعاً.

أما إذا كانت الولادتان من بطن واحد.. لا تثبت الرّجعة؛ لأن علوق الولد الثاني: كان حادثا مع الولد الأوّل لا بعده.

(**وإن قال: كلما ولدت فأنت طالق فولدت ثلاثة**) أولاد (**في بطون مختلفة.. فالثاني والثالث رجعة، وتتم**) الطّلقات (**الثلاث بولادة الثالث، وعليها العدة بالأقراء**)؛ لأنها بولادة الأوّل: وقع عليها الطّلاق؛ لوجود الشرط، فصارت معتدة بالأقراء، ثم إذا جاءت بولد آخر من بطن آخر.. صار مراجعاً؛ لما ذكرنا: أن العلوق بوطء حادث في العدّة، وبه يقع الطّلاق الثاني؛ لوجود الشرط الثاني أيضاً؛ لأن

والمطلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ تتشوَّفُ وتتزيَّنُ.

اليمين معقودة بكلمة «كلّما» ووجبت العدّة أيضاً بالأقراء، ثم جاءت بالولد الثاني: صار به مراجعاً أيضاً؛ لما ذكرناه، وتقع الطلقة الثالثة، ووجبت العدة في كلها بالأقراء. لأنها فارغة من الحمل، فتكون من ذوات الحيض حين وقع الطّلاق.

ثم لو جاءت بعد ذلك بولد آخر في [١٤٤١/أ] بطن آخر.. لا تثبت المراجعة؛ لعدم تصوّرها حقيقة وحكماً، ولا يثبت نسبه منه؛ لأنها حرمت عليه حرمة غليظة بوقوع الثلاث، إلا إذا ادّعاه؛ على ما يجيء في ثبوت النسب.

وقوله: «في بطون مختلفة» احتراز عما إذا كانوا في بطن واحد؛ لأنها بوضع الأوّل: تقع عليها طلقة وهي حامل بالثاني والثالث على الفرض، فتكون عدّتها بوضع الحمل لا بالأقراء، ثم إذا وضعت الثاني.. تقع عليها طلقة أخرى، وعدّتها باقية على حالها؛ لكونها حاملاً بالثالث، ثم إذا وضعت الثالث.. انقضت عدّتها بولادته ولم يقع عليها شيء وإن وجد الشرط؛ لأن الطّلاق: لا يقع مقارنا لانقضاء العدّة؛ لعدم بقاء الملك عند الانقضاء، ولهذا: لو لم تلد الثّالث.. لم تقع الثانية أيضاً؛ لانقضاء العدّة بالثاني، فلا يقع مقارناً لانقضائها، وإنما يقع إذا كانت حاملاً بالثالث؛ لبقاء العدّة إلى وضع الثالث، حتى لو كانت هنا أيضا حاملاً بالرابع: تقع الثالثة؛ لما ذكرناه؛ كذا في «الزيلعي».

(والمطلّقة الرجعيّة تتشوف وتتزيّن)، وفي «العناية»: التشوف: خاصّ في الوجه، والتزين: عام في البدن، ويدلّ عليه: ما ذكره في «المغرب»؛ حيث قال: «المطلّقة طلاقا رجعيّا تتشوف لزوجها؛ أي: تتزين؛ بأن تجلو وجهها وتصقل خدّيها؛ من شاف الحليّ إذا جلاه. انتهى.

يعني: أنه تَفَعُّل من شاف الشيء إذا جلاه.

ثم الأصل ههنا: أن النكاح قائم بينهما؛ لكون الطلاق رجعيّاً، والتزين للأزواج مستحب؛ فيفعل به، ولأنه حامل على الرجعة، وهي مستحبة أيضاً.

وَنُدِبَ أَن لَا يدْخلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُعلِمَهَا إِن لم يقْصد رَجعتَهَا.

وَلَيْسَ لَهُ أَن يُسَافرَ بهَا حَتَّى يُرَاجِعهَا.

(وندب أن لا يدخل عليها حتى يعلمها) من الإعلام، وذلك بخفق النعل، النقل أو التنحنح ونحو ذلك (إن لم يقصد رجعتها)؛ حذراً عن الإضرار بها بطول العدّة؛ لأنه قد يقع بصره على موضع يصير به مراجعاً، فيحتاج تطليقاً ثانياً، وفيه كلام سنذكره.

(وليس له أن يسافر بها حتى يراجعها)؛ يعني: يحرم عليه السّفر بها؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ فإنها نزلت في الطلاق الرجعي؛ بدليل قوله تعالى: ﴿لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾، والنهي يستلزم الحرمة.

والسّفر بها ههنا: إخراجها من البيت، لا السفر الشّرعي؛ لأن الحرمة منوطة بالإخراج، لا السفر المقدّر بثلاثة أيّام؛ لوجود الحرمة في إخراجها إلى ما دون ثلاثة أيام أيضاً، ولكونه منهياً عنه.. لم يكن رجعة؛ لأن الرجعة مندوبة، والنهي ينافي الندب، فلا يكون أحدهما هو الآخر.

فإن قيل: سلّمنا أنّ سفره بها لا يكون مراجعة، لكن لم لا يجوز أن يكون هو دليلاً على المراجعة؟

أجيب عنه: بأنّ الكلام فيمن يصرّح بعدم رجعتها، ولا عبرة للدّلالة مع التصريح.

وأُورد عليه: بأن الوطء والتقبيل بشهوة: يكون رجعة دلالة، وإن صرّح بعدم رجعته.

وأجيب عنه بوجهين:

أحدهما: الفرق بينهما بالحل والحرمة؛ فإن الوطء والتقبيل حلال، والسفر بها حرام بالنص.

وثانيهما: أن الوطء والتقبيل رجعة حقيقة لا دلالة، والسفر بها رجعة دلالة؛ لأنه يستلزم شيئاً تثبت به الرجعة؛ كذا في «فتح القدير» و«شرح النقاية» للشمني [٤٤١/ب] و«البحر»، وهذا تصريح منهم بأنّ السفر بها رجعه دلالة؛ فيما إذا لم يصرّح بعدم رجعتها، بل سكت، وبه صرّح «قاضي خان» و«البدائع» و«غاية البيان».

ولكنه قال في «الزيلعي»: كون السّفر بها رجعة دلالة: يبطل بإخراجها إلى ما دون السّفر؛ فإنه حرام أيضاً للنهي عنه، ومع هذا لا تكون رجعة، والدلالة: فعل يختص بالنكاح، والمسافرة بها لايختص به، بل أعمّ، ألا ترى أنّ المسافرة تجوز لها مع المحرم؛ فصارت كالخلوة بها والخروج إلى ما دون السفر. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن هذا بناء على حمل السّفر على السّفر الشّرعي، وليس كذلك، بل المراد به الخروج معها من البيت؛ على ما عرفت آنفاً.

واعلم: أنه كما يحرم السّفر بها.. يحرم الخلوة معها أيضاً؛ إن لم يقصد رجعتها؛ احترازاً عن الإضرار بها بطول العدة على ما ذكرناه آنفاً؛ كذا قالوا.

وقال الإمام السّرخسي: إنما تكره الخلوة بها إذا لم يأمن غشيانها؛ إذ يصير حينئذ مراجعاً بها بغير إشهاد، وهو مكروه؛ على ما سبق.

وقال ابن الهمام في «فتح القدير»: ومقتضى هذا: أنه إن أمن غشيانها.. لا تكره الخلوة معها، وإن كراهية الخلوة حينئذ: تنزيهيّة لا تحريميّة، ولم يلتفت الإمام السّرخسي إلى التعليل باحتمال النظر إلى موضع يصير به مراجعاً على ما علّله القوم؛ كأنه لبعده جدّاً، حيث كان إنما هو النظر إلى داخل الفرج وقل أن يقع مع الخلوة، حتى إنّ الإنسان مع زوجته الّتي هي في عصمته سنين: لا يقع له هذا النظر إلا إن تعمّده قصداً حالة الجماع.

ثم اعلم: أن السفر بها قبل الرجعة: حرام، سواء راجعها في العدة بعد السفر بها أو لم يراجعها؛ لإطلاق ما تلوناه.

وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحرِّمُ الْوَطْءَ.

وَلهُ أَن يتَزَوَّجَ مُبانَتَهُ بِمَا دونَ الثَّلَاثِ ....

لكن الوجه الذي ذكره في «الهداية» وهو أن تراخي عمل المبطل لحاجته إلى المراجعة؛ فإذا لم يراجعها حتى انقضت المدة.. ظهر أنه لا حاجة، فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده؛ بدليل أن الأقراء الماضية تحتسب من العدة، فتكون مسافرته بها.. مسافرة بأجنبية، فلا تجوز.

يقتضي: أنه لو راجعها في العدّة تبيّن حاجته، وأن المبطل؛ أي الطّلاق: لم يعمل عمله أصلاً؛ أعني: قطعَ النكاح، وأن المسافرة لم تكن بأجنبية.. فزالت الحرمة:

وقال في «فتح القدير»: والأوجه: تحريم السفر مطلقاً، لإطلاق النصوص المذكورة في منع السفر بها.

(**والطّلاق الرجعي لا يحرّم الوطء**)، ولا يحرم عن الإرث أيضاً؛ لما في «قاضي خان»: رجل طلّق امرأته رجعيّاً، ثم مات وهي في العدة.. ورثت، كان الطلاق في الصّحة أو في المرض، وكذا لو ماتت المرأة في العدة.. ورثها زوجها. انتهى.

وقال الشافعي: يحرم الوطء؛ لزوال الزوجية؛ لوجود القاطع وهو الطلاق.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ وقد مرّ وجهه.

ولأن الزوجيّة قائمة لا زائلة، حتى ملك مراجعتها من غير رضاها؛ لأن حقّ الرجعة يثبت نظراً للزوج؛ ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم.

وهذا المعنى يوجب استبداده بالرجعة، [٤٤٢/أ] والاستبداد يؤذن كونها استدامة لا إنشاء، وما تلوناه من دليل الاستبداد ينافي كونها إنشاء، والقاطع ليس بمزيل لها، بل إنما أخر عمله إلى مدة المانع حاجة الزوج، ولا يخفي عليك أن هذا من قبيل تخصيص العلّة، لكن المخلص معروف.

(**وله أن يتزوّج**) - أي بلا حاجة إلى زوج آخر - (**مبانته بما دون الثلاث**)، ولو

فِي الْعِدَّةِ وَبعدَهَا.

وَلَا تحلُّ الْحرَّةُ بعد الثَّلَاثِ، ....

كانت البينونة بالخلع؛ لأن الواقع به: الواحدة البائنة.

(في العدة وبعدها)؛ متعلق بقوله: «يتزوج»، وهذا؛ لأن الحلّ الأصلي باق ما لم يتكامل العدد، والمنع إلى انقضاء العدّة؛ لعارض اشتباه النسب، ولا اشتباه في إباحته له، وإنما الاشتباه في الإباحة لغيره:

ولهذا فسد نكاح معتدة الغير في عدتها، وجاز له نكاح معتدته:

وفي «خزانة الفقه» لأبي الليث؛ من باب العدة: خمسة من النساء يجوز نكاحهّن في العدّة:

المختلعة.. يتزوجها في العدّة.

وأم الولد يعتقها سيّدها.. يتزوجها في العدّة.

والأمة أعتقت فاختارت نفسها.. يتزوجها زوجها في العدة.

وإذا ارتد أحد الزوجين، ثم أسلم.. يتزوجها في العدة.

والصغيرة إذا أدركت فاختارت نفسها.. يتزوجها في العدّة.

والملاعن إذا كذب نفسه.. يتزوج الملاعنة في العدة في قول أبي حنيفة ومحمد. انتهى.

(ولا تحل الحرة بعد الثلاث)؛ سواء طلّقها رجعيّاً أو بائناً قبل الدخول بها أو بعد الدخول؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ﴾ الآية.

وذكر في «المشكاة» أن في غير المدخول بها.. تحل بلا زوج آخر.

وقال في «فتح القدير»: إنه زلّة عظيمة مصادمة للنص والإجماع على عدم الفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها بعد الثلاث؛ في الاحتياج إلى التحليل.

وقد يجاب عنه: بأنّ مراده أنه لو طلّقها قبل الدخول بها ثلاثا متفرقاً.. لا يحتاج

وَلَا الْأَمَةُ بعدَ الثِّنْتَيْنِ.. إِلاّ بعدَ وطء زوجٍ آخرَ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ وَمضيِّ عِدَّتِهِ.

إلى التحليل؛ لأن الفرقة حينئذ تقع بالأول، فلا تكون في المعنى مطلّقة ثلاثاً.

بخلاف ما لو طلّقها ثلاثاً بكلمة واحدة دفعة.

وقال في «الكفاية»: طلّقها أزواج كلّ زوج ثلاثا قبل الدخول بها، وتزوجت بآخر ودخل بها.. تحلّ للكلّ.

واعلم: أن المراد بالثلاث.. التطليقات الثلاث رجعياً أو بائناً، لا التفريقات الثلاث مطلقاً، ولو بطريق الفسخ؛ فإنه لو طلّق امراته اثنتين، ثم تزوجها، ثم وقعت الفرقة بطريق الفسخ؛ بأن تكلم كلمة الكفر وبانت امرأته.. فإنه يجوز تزوج تلك المرأة برضاها بلا حلّة؛ فإن الفرقة الواقعة بكلمة الكفر: فسخ لا طلاق؛ على ما أفتى به المشايخ، وهذا بناء على أن الردة فسخ لا طلاق كما صرّح به في ردّة «قاضي خان».

(**ولا الأمة بعد الثنتين إلا بعد وطء زوج آخر بنكاح صحيح ومضي عدته**)؛ أي: عدة طلاقه، أو عدّة وفاته.

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، والمراد بقوله **فإن طلقها**: الطلاق الثلاث في الحرة.

والثنتان في الأمة: كالثلاث في الحرة؛ لأن الرق منصف لحلّ المحل، لكن الطّلقة الواحدة لا تتجزأ، فكملت فصارت ثنتان؛ على ما عرف في الأصول.

وإنما اشترط وطء الثاني: للسنة والإجماع.

أما [٤٤٢/ب] **السنة**: فلقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة رفاعة حين أرادت العود إلى رفاعة بعد الزوج الثاني: «لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته».

فإن قيل: إنها زيادة على ما تلوناه من قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، فلا يقبل؛ لأنه نسخ.

قلنا: نعم إلا أنه مشهور والزيادة على الكتاب بالخبر المشهور: جائز؛ على أن بعض المفسرين حمل النكاح المذكور على الوطء؛ بناء على أن العقد مستفاد من قوله: ﴿زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾، فعلى هذا: لا يرد السؤال المذكور ابتداء.

وأما الإجماع: فلانّ الأُمة كلها اجتمعت على اشتراط الوطء؛ سوى سعيد بن المسيّب والخوارج والشيعة، ولا عبرة بذلك؛ لعدم استنادهم إلى دليل، حتى لو قضى القاضي بقولهم.. لا ينفذ قضاؤه، وروي رجوع السعيد عنه.

وفي «الخلاصة»: ومن أفتى بهذا القول.. فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين.

وما قيل: إن الشافعي لم يشترط الوطء، بل إنما شرط النكاح على ما في شرح «النقاية».. فهو باطل؛ لأنه لا خلاف بينه وبيننا في اشتراط الوطء، وإنما الخلاف في أن الزوج الثاني: هل يهدم حكم ما دون الثلاث أم لا؟ على ما سيأتي بيانه.

ولا يشترط الإنزال؛ لأنه شبع في الوطء.

وفي «البحر»: إن الشرط هو الإيلاج؛ بشرط كونه عن قوّة نفسه وإن كان ملفوفاً بخرقة، إذا كان يجد لذة حرارة المحل.

حتى لو أولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع بمساعدة اليد.. لا يحلّها للأول.

إلا أن تنتشر آلته، وبخلاف من في آلته فتور وأولجها فيها حتى التقى الختانان.. فإنها تحل به للأول.

وفي «الخلاصة» عن «شرح الطحاوي»: أن مطلقة الثلاث لا تحل لزوجها الأول: لا بنكاح ولا بملك يمين، حتى تتزوج بآخر ويدخل بها الثاني؛ سواء كان الزوج الثاني بالغاً أو غير بالغ، مجنوناً أو غير مجنون؛ إذا يجامع مثله.

وفي «فوائد شمس الأئمة»: أنه مقدر بعشر سنين؛ فإذا التقى الختانان وتوارت الحشفة.. حلت للأوّل إذا بانت من الثاني وانقضت عدّتها منه.

ولو خلا بها الثاني ومات عنها.. لا تحل للأوّل.

ولو وطئها الثاني وهي حائض أو نفساء أو هو صائم أو هي صائمة.. فإنها تحل للأوّل، والثاني عاص في فعله.

ولو تزوجها الثاني نكاحاً فاسداً ودخل بها أو لم يدخل.. فإنها لا تحل للأوّل.

ولو كان الثاني خصياً.. فإنها تحل للأوّل؛ إذا كان مثله يجامع.

ولو كان مجبوباً.. لم تحل للأوّل، إلا أن حبلت وولدت.. فإنها حينئذ حلت للأول؛ عند أبي يوسف.

ولو كان مجنوناً، أو عبداً، أو مدبّراً، أو مكاتباً تزوّجوا بإذن المولى.. حلت للأوّل.

ولو كان نصرانيّاً تزوّج نصرانية.. حلت للمسلم.

ولو كان مشلولاً فجامعها.. حلت للأول؛ عند أبي يوسف، خلافاً لزفر والحسن.

ولا بد أن تكون المرأة ممن يوطأ مثلها، كما أن الزوج لا بد أن يكون ممن يطأ مثله؛ على ما صرّح به في «المنتقى» عن محمد.

ولا بد أيضاً أن يكون الوطء في المحل يقيناً، حتى لو كانت المرأة مفضاة ودخل بها الثاني.. لا تحل للأول؛ لعدم تيقنه [٤٤٣/أ] أنّ الوطء في المحلّ؛ لاحتمال أنه وطء في الدبر، إلا إذا حبلت منه؛ فإنه حينئذ تيقن أنه في القبل.

والمراد بالنكاح الصحيح: هو النّافذ، فخرج به النكاح الفاسد والموقوف؛ كما لو تزوجّها عبد بغير إذن سيّده، ثم وطئها قبل الإجازة.. فإنها لا تحل للأوّل، إلا إذا وطئها بعد الإجازة.

وَلَا تحلُّ لَهُ بِمِلكِ يَمِينٍ.

وهل يشترط الكفاءة في الزوج الثاني؟ ففي «المحيط»: مطلّقة الثلاث إذا زوّجت نفسها من غير كفؤ.. حلّت للأوّل عند أبي حنيفة وزفر.

وفي «الخلاصة»: وهذا الجواب مستقيم عند أبي حنيفة؛ على ظاهر الرّواية، فأما على رواية الحسن عنه: إذا زوجت نفسها غير كفؤ لا يجوز.. فلا يستقيم.

وعن أبي يوسف: إذا زوّجت نفسها عبداً.. لا يجوز؛ لعدم الكفاءة، وقد ذكرنا رواية الحسن.

(**ولا تحلّ له**)؛ أي للزوج الأوّل (**بملك يمين**)، وهذا يشمل ثلاث صور:

الأولى: أنّ الأمة لو طلّقها زوجها ثنتين وانقضت عدّتها فوطئها المولى.. لا تحل لزوجها.

الثّانية: لو اشتراها الزوج بعد الثنتين.. لا يحلّ له وطؤها حتى تتزوج غيره.

الثالثة: لو كانت تحته حرّة فطلّقها ثلاثاً، ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب، ثم استرقها.. لم تحلّ له حتى تتزوج بزوج آخر؛ كذا في «البحر».

ثم نقل عن «مناقب الكروري»: أنه إن كان العقد بلا وليّ، بل بعبارة النساء، أو كان بلفظ الهبة، أو بحضرة فاسقين، ثم طلقها ثلاثاً، ثم أراد أن تحل له بلا زوج آخر.. فإنه يرفع الأمر إلى قاض شافعيّ فينقض ببطلان النكاح الأول ويزوجها له بعقد جديد.

ولا يَرِدُ: القضاءُ بفساد النكاح - يستلزم حرمة الوطء المتقدّم، وأن الأولاد متولدة من وطءٍ حرام.

لأنا نقول: القضاء يعمل في القائم والآتي لا في الماضي.

وفي «فتاواه»: أنها إن خافت أن لا يطلقها المحلّل.. تقول له: لا أتزوج منك حتى تقول لي: «إن تزوجتك وجامعتك فأنت طالق». انتهى.

وقال في فصل النكاح على الشرط من نكاح «قاضي خان»: مطلقة الثلاث إذا

وِيحلُّها وطءُ الْمُرَاهِقِ لَا السَّيِّدِ.

أرادت أن تَزَوَّج المحلّلَ وتخاف أن لا يطلّقها.. فالحيلة لها في ذلك أن تقول: «زوجت نفسي منك على أن أمري بيدي، أطلق نفسي كلّما أريد»، ثم يقبل الزوج، فيكون الأمر بيدها بعد النكاح تطلق نفسها متى شاءت.

أو يقول المحلّل: «تزوجتك على أنك طالق بعدما تزوجتك إلى عشرة أيام» أو «على أن أمرك بيدك بعدما أتزوجك تطلقين نفسك كلما تريدين» فتقول المرأة: قبلت تطلق بعد عشرة أيام ويصير الأمر بيدها. انتهى.

ثم لا يخفى عليك: أن شمول هذا اللفظ بتلك الصّور الثلاث إنما يتمشى على تقدير أن يراد به ما هو أعم من ملك اليمين ومن الوطء به.

وأما لو كان المراد به نفس ملك اليمين - وهو المتبادر منه بقرينة ما سيأتي من قوله: «لا وطء السيد» -، فلا: تأمّل.

ثم الأصل فيه قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾.

(**ويحلّها**)؛ أي: يثبت حلّها؛ على ما هو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف؛ من أن الثاني مثبت لحل جديد.

(**وطء المراهق**)، أي: الذي يجامع مثله، وتتحرك آلته، ويشتهي الجماع.

وقد ذكرنا [٤٤٣/ب] أن شمس الأئمة قدّره بعشر سنين.

وفي «الخلاصة»: الأولى أن يكون المحلل حرّاً بالغاً؛ لأن مالكاً: يشترط الإنزال.

قالوا: ومن الحيل ههنا: أن تتزوج تلك المرأة من عبد صغير مراهق تتحرك آلته، ثم ملكته بسبب من الأسباب.. بالهبة، أو غيرها بعدما وطئها، فينفسخ النكاح بينهما.. فتحل للأوّل.

ولو جامع مثل هذا المراهق امرأته.. وجب عليها الغسل لالتقاء الختانين، لا على المراهق ولكنه يؤمر به تخلّقاً.

(**لا**) يحلّها للأوّل وطء (**السيّد**)؛ لأنه ليس بزوج، وهو الشرط بالنص السّابق.

وَالشّرطُ: الْإِيلَاجُ دونَ الْإِنْزَالِ؛ ....

(والشرط: الإيلاج)، أي: إدخال الحشفة، ولو في الحيض، أو في الصوم على ما ذكرناه آنفاً (دون الإنزال)؛ لأنها كمال ومبالغة في الوطء، وكمال الشيء زائد عليه، فلا يثبت إلّا بدليل مستقلّ، ولا دليل عليه، بل الدّليل يدلّ على عدمه؛ لأنه ﷺ ذكر العسيلة فيما رويناه على صيغة التّصغير، وهي كناية عن إصابة جلاوة الجماع، وهي تحصل بالإيلاج، فكان التصغير دالاً على عدم الشبع بالإنزال، وهذا حجة على مالك في اشتراطه الإنزال.

وهل يشترط أن يكون الزوج الأوّل معترفاً؛ لوقوع الطلاق الثلاث، وبما صنعته المرأة من التحلل، أم لا؟

ففي «البحر»: أنه ليس بشرط، قال: ولهذا قالوا: لو طلقها ثلاثاً وأنكر الطّلاق.. فلها أن تتزوج بآخر وتحلل نفسها سرّاً منه إذا غاب في سفر؛ فإذا رجع.. التمست منه تجديد النكاح.

وفي «القنية» بعلامة القاضي عبد الجبار وعين الأئمة الكرابيسي: أنه قال لها: إن دخلت هذه الدار.. فأنت طالق ثلاثاً، فدخلت ومنعت نفسها عن الزوج ثلاثة أقراء، وتزوجت بآخر ودخل بها وطلّقها وانقضت عدّتها، ثم طلبت من الأوّل أن يجدّد لها نكاحاً ففعل غير عالم بما صنعت وهي في بيته.. لا يجوز لها ذلك، ولا يحلّ للأوّل.

ثم قال بعلامة الأوزجندي: طلق امرأته ثلاثاً، ثم أنكر وغاب.. فلها أن تتزوج بآخر بعد العدّة ديانةً.

ثم قال بعلامة عمر الترجماني: أنه لا يجوز في المذهب الصحيح.

ثم قال بعلامة عين الأئمة النسفي: حلف بثلاث، فظن أنه لم يحنث، وعلمت المرأة الحنث، وظنت أنها لو أخبرته به.. ينكر اليمين؛ فإذا غاب عنها بسبب من الأسباب.. فلها التحليل ديانةً لا قضاءً.

ثم نقل عن النسفي أنه قال: سألت عنها أبا شجاع فكتب أنه يجوز، ثم سألته بعد مدّة، فقال: لا يجوز. والظاهر: أنه إنما أجاب به في امرأة لا يوثق بها.

ثم قال بعلامة الأصل: شهد عدلان لامرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً، ثم ماتا وغابا قبل أن يشهدا عند القاضي.. لم يسعها المقام معه، وكذا إذا شهدا على رضاع بينهما؛ فإن قدرت على الهرب منه.. لم يسعها أن تعتدّ وتتزوج بزوج آخر؛ لأنها في الحكم زوجة الأول قبل القضاء بالفرقة.

وقال شمس الأئمة السرخسي: هذا في القضاء، ولها ذلك ديانةً.

والحاصل: أن على جواب الأوزجندي والنسفي وأبي شجاع والسّرخسي.. يحل لها أن تتزوج بزوج آخر ديانةً، وعلى جواب الباقين: لا يحل. انتهى.

وفي «العمادية» عن «الذخيرة»: وإذا غاب الرجل عن امرأته فأخبرها [٤٤٤/أ] عدل أنّ زوجها طلّقها ثلاثاً، أو مات عنها فأخبرها.. فلها أن تعتد وتتزوج بزوج آخر، وإن كان المخبر فاسقاً.. تحرّت، كذا في «البحر» عن «السراجية».

ولم يقيدوا بالديانة، لكنه قال في «الذخيرة»: وفي إخبار العدل بالموت إنما يعتمد على خبره إذا قال عاينته ميتاً، أو شهدت جنازته؛ أما إذا قال: أخبرني مخبر بذلك.. لا يعتمد على خبره.

وقال في «البزازية»: شهد أنّ زوجها طلّقها ثلاثاً، إن كان غائباً.. ساغ لها أن تتزوج بآخر، وإن كان حاضراً.. لا؛ لأن الزوج إذا أنكر.. احتيج إلى القضاء بالفرقة، ولا يجوز القضاء بها إلا بحضرة الزوج. انتهى.

كذا في «الأصل» على ما ذكرناه.

وفي «البزازية» أيضاً: أنها سمعت بطلاق زوجها إيّاها ثلاثاً، ولا تقدر على منعه إلا بقتله إن علمت أنه يقربها.. تقتله بالدّواء، ولا تقتل نفسها.

وذكر الأوزجندي: أنها ترفع الأمر إلى القاضي؛ فإن لم تكن لها بينة.. تحلفه؛

فَإِن تزَوَّجهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيل.. كُرِهَ، وَتحلُّ للْأَوَّلِ.

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: إِنَّ النِّكَاحَ فَاسدٌ، وَلَا تحلُّ للْأَوَّلِ.

وَعَن مُحَمَّد: إِنَّه صَحِيحٌ، وَلَا تحلُّ للْأَوَّلِ.

فإن حلف.. فالإثم عليه، وإن قتلته.. لا شيء عليها، والبائن؛ كالثلاث.

(**فإن تزوجها بشرط التحليل**) بأن قال: لها تزوجتك على أني أحلّلك له، أو قالت المرأة ذلك (.. **كره**) كراهة تحريمية عند أبي حنيفة؛ لقوله ﷺ: «**لعن الله المحلّل والمحلّل له**»؛ فإن محله اشتراط التحليل في العقد؛ إذ لو أضمر ذلك في القلب ولم يشترط باللّسان.. لا عبرة به، ولا يستحق به اللّعن، كذا في «الخلاصة» و«العناية».

(**وتحل**)، أي: المنكوحة بشرط التحليل (**للأول**)، أي: بعد الوطء وانقضاء العدّة.

(**وعن أبي يوسف: إن النكاح فاسد، ولا تحل للأوّل**)؛ لأن هذا في معنى نكاح المتعة في اشتراط التوقيت فيبطل.

(**وعن محمد: إنه صحيح**)؛ لأنه ليس بتوقيت للنكاح (**ولا تحل للأوّل**)؛ لأنه استعجل بالمحظور فيعاقب بالحرمان؛ كقتل المورث.

والحجة عليهما: ما رويناه؛ لأن مقتضاه: صحة النكاح؛ والحل للأول، والكراهية.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن شرط التحليل، هل هو صحيح ولازم، أم لا؟، بل هو باطل، ففي «البزازية»: زوجت المطلقة نفسها بشرط التحليل، قال الإمام: النكاح والشرط جائزان، حتّى إن أبى الثاني طلاقها.. أجبره القاضي على ذلك وحلت للأوّل.

وفي «فتح القدير»: ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلّقها المحلّل، أن تقول: زوجتك نفسي على أنّ أمري بيدي أطلق نفسي كلما أردت؛ فإذا قبل هذا.. جاز

وَالزَّوْجُ الثَّانِي يهدمُ مَا دونَ الثَّلَاثِ أَيْضاً، خلافاً لمُحَمَّدٍ؛ فَمن طُلِّقت دونَهَا وعَادَتْ إِلَيْهِ بعدَ آخرَ.. عَادَتْ بِثَلَاثٍ.

النكاح وصار الأمر في يدها، وهذا بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل يبطل ويصح النكاح.

وذهب بعضهم: إلى أنه يصح الشرط أيضاً، حتى لو امتنع المحلّل من الطلاق.. أجبره القاضي، ونقل ذلك عن أبي حنيفة في «روضة الزندوستي»، وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية، ولا ينبغي أن يقول عليه ولا يحكم به؛ لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت.. تنبو عنه قواعد المذهب؛ لأنه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد، والعقود في مثله على قسمين:

منها: ما يفسد العقد؛ كالبيع ونحوه.

ومنها: ما يبطل فيه الشرط ويصح العقد.

ولا شك أن النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة، بل يبطل الشرط ويصح هو، فيجب بطلان [٤٤٤/ب] هذا، وأن لا يجبر على الطّلاق، نعم: يكره الشرط؛ لما تقدم من مجمل الحديث، ويبقى ما رواه وهو قصد التحليل بلا كراهة. انتهى.

وكلام المصنف ملائم لما عليه العامّة.

(**والزّوج الثاني يهدم ما دون الثلاث**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (**أيضاً**)، أي: كما يهدم الثلاث (**خلافاً لمحمّد**).

وهو قول الشافعي وزفر أيضاً.

(**فمن طلّقت دونها**) طلقة، أو طلقتين وتنقضي عدتها وتزوّجت بآخر فيطلّقها الآخر وتنقضي عدتها أيضاً، (**وعادت إليه**)، أي: إلى الأول (**بعد**) انقضاء عدة زوج (**آخر.. عادت بثلاث**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن حكم ما دون الثلاث لمّا انهدم بالزوج الثاني وثبت به الحل الجديد.. صار الباقي من الملك الأول كأن لم

وَعِنْده: بِمَا بَقِيَ.

يكن، فعادت إليه بملك مجدد تامّ؛ كما في ابتداء النكاح، فيملكها بالثلاث، فلا يحرم عليه بعد العود إليه حرمة غليظة إلا بالطلقات الثلاث.

(**وعنده: بما بقي**) من الواحدة، أو الثنتين؛ لعدم الهدم عنده بما دون الثلاث، فيحرم عليه بعد العود إليه حرمة غليظة بما بقي، وهذا فيما كان بعد الدخول.

وأما قبل الدخول.. فلا يهدم ما دون الثلاث بالاتفاق على ما صرّح به في «فتح القدير».

واعلم: أن الصحابة اختلفوا في مسألة الهدم، فقال ابن مسعود وابن عباس وابن عمر: إن وطء الزوج الثاني يهدم حرمة ما مضى من طلقات الزوج الأوّل، واحدة كانت، أو ثنين، أو ثلاثاً، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف.

وقال عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن الحصين وأبو هريرة: لا يهدم ما دون الثلاث، وبه أخذ محمد والشافعي وزفر.

ومبنى الخلاف: على أن وطء الزوج الثاني هل هو مثبت للحل الجديد، أو هو غاية للحرمة فقط؟

فمن قال بإثبات الحل الجديد.. قال: إنه يهدم ما دون الثلاث.

ومن قال: إنه غاية للحرمة الجديدة.. نفاه، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾؛ لأن المراد بالطّلاق: الطّلقة الثالثة، وقد جعل نكاح الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بتلك الطلقة، ولا تأثير للغاية في إثبات ما بعدها، هل هي منهية للمُغيّا فقط؟!؛ لأن المغيا ينتهي بالغاية، ولا إنهاء للشيء قبل ثبوته، وفيما دون الثلاث.. لم يثبت الحرمة الغليظة، حتى يكون الزوج الثاني غاية لها، وكلمة «حتى» نصّ خاص في الغاية.. فالقول بالهدم لما دون الثلاث عمل بخلاف النص، وذلك غير جائز.

وَلَو قَالَت مُطلقَةُ الثَّلَاثِ:

«انْقَضتْ عدَّتي مِنْكَ، وتحلَّلتُ، وَانْقَضَت عِدَّتي» والمدةُ تحْتَملُ ذَلِكَ..

فإن قيل: فإذا انتهى المغيا بالزوج الثاني.. يثبت نقيضه البتة، أعني: الحل الجديد؛ لعدم جواز ارتفاع النقيضين، ولا بد له من مثبت، ولم تثبت بالزوج الثّاني.. فبأي سبب تثبت؟!.

قلنا: ثبت بالسبب السابق، وهو كونها من بنات بني آدم خالية عن الحرمات؛ كما في الأيمان المؤقتة تنتهي الحرمة الثانية بها بالغاية، ثم تثبت الإباحة بالسبب السابق.

وكما في الصّوم تنتهي حرمة الأكل والشرب بالليل، ثم يثبت الحل بالإباحة الأصلية.

واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف بقوله ﷺ: «لعن الله المحلل والمحلَّل له»، والمراد بالمحلِّل: هو الزوج الثاني وقد سمّاه محللاً، ومعناه: المثبت بالحِلّ، فالحِل الذي يثبت به؛ إما أن يكون الحل السابق، أو الحل الجديد [٤٤٥/أ] لا سبيل إلى الأوّل؛ لاستلزامه تحصيل الحاصل.. فتعين الثاني، وبالضرورة يكون غير الأوّل، والأول حِلّ ناقص وهو الحل الثابت بما بقي من الطّلاق، فيكون الحل الجديد الثابت بالزوج الثاني كاملاً وهو، ما يكون بالطّلقات الثلاث، فيملكها الأوّل بعد الثاني ملكاً تاماً بالطلقات الثلاث فيما دون الثلاث، كما في الثلاث للهدم، وإثبات الحل الجديد فيهما.

(ولو قالت مطلقة الثلاث: انقضت عدتي منك وتحلّلت) بزوج آخر (وانقضت عدّتي) من آخر أيضاً (والمدة تحتمل ذلك)، واختلفوا في أدنى هذه المدّة التي تصدق فيها المرأة.

فقال أبو حنيفة: إنها ستون يوماً.

فَلَهُ تصديقُها إِن غلبَ على ظَنِّهِ صِدقُهَا.

وقال أبو يوسف ومحمّد: تسعة وثلاثون يوماً؛ لاحتمال أنه اطلّقها في آخر الطهر، وحيضها ثلاثة أيّام وطهرها خمسة عشر لتيقّن الأقل فالثلاثة إذا كانت ثلاث مرّات.. كانت تسعة، والطّهر إن ثلاثون يوماً.. فالمجموع تسعة وثلاثون يوماً.

ووجه قول أبي حنيفة على تخريج محمّد: أنه يجعل كأنه طلّقها في أوّل الطّهر تحرّزاً عن إيقاع الطّلاق في الطّهر بعد الجماع، وطهرها خمسة عشر وحيضها خمسة؛ لأن من النادر أن تكون حيضها أقل الحيض، أو يمتد إلى الأكثر فيعتبر الوسط، فمجموع ثلاثة أطهار وثلاث حيض ستون يوماً، ويحتاج إلى مثله من الزوج الثاني أيضاً هذا في الحرة.

وأما في الأمة.. فعند أبي حنيفة: على رواية محمد عنه: أربعون يوماً، وعلى رواية الحسن: خمسة وثلاثون يوماً، وعند أبي يوسف ومحمد: أحد وعشرون يوماً.

(**فله تصديقها إن غلب على ظنه صدقها**)؛ لأنها أمينة فيما تحتمل المدة، وكذا له تصديقها لو كانت المرأة عادلة على ما صرّح به في «البزازية»؛ حيث قال فيها: إن كانت عادلة، أو غلب على ظنه صدقها.. ساغ تصديقها، وإنما اقتصر المصنف على غلبة الظن إشارة إلى أنّ عدالتها ليست بشرط، ولهذا قال في «البدائع»: لا بأس أن يصدّقها إذا كانت ثقة عنده، أو وقع في قلبه صدقها.

وقال فيها أيضاً: منكوحة رجل قالت لآخر: طلّقني زوجي وانقضت عدّتي.. جاز تصديقها إذا وقع في الظن صدقها؛ عدلة أم لا.

ولو قالت: نكاح الأول فاسد.. ليس له أن يصدّقها وإن كانت عادلة. انتهى.

فعلم منه: أنها كما تكون مصدقة في إخبارها بانقضاء عدّتها وتحليلها عند غلبة الظن بصدقها.. كذلك تصدق في أخبارها بتطليق زوجها عند غلبة الظن أيضاً.

وفيها أيضاً: سمع رجل من امرأة أنها مطلقة الثلاث، والزوج يقول: لا، بل مطلقة الثنتين.. لا يسع لمن سمع منها أن يحضر نكاحها، ويمنعها ما استطاع. انتهى.

يعني: تصديق للمرأة في قولها عند غلبة الظن.

وكلام المصنف لا يخلو عن الإشارة إليها واعلم: أن عبارة المصنف نظير ما قال في «الهداية»؛ فإنه قال فيها: وإذا طلّقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي وتزوّجت بزوج آخر ودخل بي وطلّقني وانقضت عدتي منه، والمدة تحتمل ذلك.. جاز للزوج [٤٤٥/ب] أن يصدّقها عند غلبة ظنه.

وقال في «النهاية»: إنما ذكر إخبارها هكذا مبسوطاً؛ لأنها لو قالت حللت لك فتزوّجها، ثم قالت: لم يكن الثّاني دخل بي إن كانت عالمة بشرائط الحل.. لم تصدّق، وإلا.. تصدّق.

وفيما ذكره مبسوطاً.. لا تصدق في كلّ حال.

وعن السّرخسي: لا يحل له أن يتزوّجها حتّى يستفسرها؛ لاختلاف الناس في حلّها بمجرد العقد.

وفي «التّفاريق»: لو تزوّجها ولم يسألها، ثم قالت: ما تزوّجت، أو ما دخل بي.. صدّقت؛ إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها.

واستشكل: بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته، فكانت مناقضة، فينبغي أن لا يقبل قولها؛ كما لو قالت بعد التزوج: كنت مجوسيّة، أو مرتدة، أو معتدة، أو منكوحة الغير، أو كان العقد بغير شهود. ذكره في «الجامع الكبير».

بخلاف قولها: لم تنقض عدّتي.

ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته.. تقع الفرقة كأنه طلقها، ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى، أو كماله. انتهى.

ويؤيد الإشكال المذكور: ما ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»؛ حيث قال: وفي «الفتاوى» في باب الباء، ولو قالت بعدما تزوجها الأوّل: ما تزوجت بآخر، وقال الزوج: تزوّجت بآخر ودخل بك.. لا تصدق المرأة. انتهى.

وصرح في «البزازية» خلاف الإشكال؛ حيث قال: تزوجت المطلقة، ثم قالت للثاني: تزوجتني في العدّة؛ إن كان بين النكاح والطّلاق أقل من شهرين.. صدقت في قول الإمام، وكان النكاح الثاني فاسداً.

وإن أكثر من شهرين أو شهرين.. صح الثاني.

والإقدام على النكاح إقرار بمضي المدّة؛ لأن العدّة حقّ الأوّل، والنكاح حق الثاني، ولا يجتمعان، فدل الإقدام على المضي، بخلاف المطلقة ثلاثاً إذا تزوجت بالأوّل بعد مدّة، ثم قالت: تزوجت بك قبل نكاح الثاني، حيث لا يكون إقدامها دليلاً على إصابة الثاني ونكاحه. انتهى.

وقال في «فتح القدير»: ولو قال الزوج الثاني: النكاح وقع فاسداً إلا في جامعت أمّها؛ إن صدّقته المرأة.. لا تحل للزوج الأول، وإن كذبته.. تحل.

كذا أجاز القاضي الإمام، ولو قالت: دخل بي الثاني، والثاني منكر.. فالمعتبر قولها، وكذا على العكس.

وفي «النهاية»: لو قال المحلّل بعد الدخول: كنت حلفت بطلاقها أن تزوجتها، هل تحل للأول؟

قلت: يبتني الأمر على غالب ظنها، إن كان صادقاً.. فلا تحل له، وإن كان كاذباً.. تحل.

وعن الفضلي: لو قالت: تزوجني فإني تزوجت غيرك وانقضت عدّتي، فتزوّجها، ثم قالت: ما تزوجت.. صدقت، فيكون النكاح باطلاً، إلا أن تكون أقرّت بدخول الثاني.. فحينئذٍ لم تصدّق.

كأنه والله أعلم: يحمل قولها: «تزوجت» على العقد، وقولها: «ما تزوجت» على معنى ما دخل بي، لا على إنكار ما اعترفت به، ولذا قال: إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني.. فإنه لم يقبل قولها؛ فإنها حينئذ تكون مناقضة صريحة، كذا في «فتح القدير».

* * *

(بَابُ الْإِيلَاءِ)

هُوَ الْحلفُ على تركِ وطءِ الزَّوْجَةِ مدَّتَهُ.

(بَابُ الإِيلَاءِ)

وفي «النهاية» عن «الأسرار»: التّحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع: الطّلاق، والإيلاء، واللعان، والظهار.

(هو) **في اللغة:** عبارة [٤٤٦/أ] عن اليمين مطلقاً، يقال: آلى يولي إيلاءً إذا حلف.

وفي الشريعة: (الحلف على ترك وطء الزوجة مدّته)، هكذا عرفه في «الحاوي» و«الكنز».

وقال في «البحر»: وهو تعريف لأحد قسمي الإيلاء الحقيقي، أعني: ما اشتمل على القسم، وهو قوله: آليت أن لا أقربك، أو حلفت، أو والله.

أو ما يؤول إليه؛ كقوله: أنا منك مولٍ قاصداً به الإيجاب، أو أنت مثل امرأة فلان قاصداً به الإيلاء، وقد كان فلان آلى من امرأته؛ لأن معنى الأول: أنا منك حالف، وكذا الثاني يؤول إليه.. فانحلّ إلى القسم.

وبهذا سقط ما اعترض به في «فتح القدير» و«الزيلعي» على التعريف المذكور من أنه يرد عليه اليمين بتعليق ما لا يشتبه على القربات؛ كقوله: إن وطئتك.. فلله علي أن أصلّي ركعتين، أو أغزو؛ فإنه لا يكون مولياً، مع أن التعريف المذكور صادق عليه، ووجه السقوط: ظاهر، مع أن في عدم كونه مولياً بهذا اختلافاً.

فإن محمّداً قال: يكون به مولياً على ما في «المجمع»، وإن كان المعتمد كونه مولياً، وهو قول أبي يوسف.

والتعريف الشامل لكل من القسمين، السالم عن الإيراد.. أن يقول:

هو اليمين على ترك قربانها أربعة أشهر فصاعداً بالقسم، أو بتعليق ما يَشقُّه على القربان.

ولهذا قال في «قاضي خان»: الإيلاء منع النفس عن قربان المنكوحة منعاً مؤكّداً باليمين بالله، أو غيره؛ من: طلاق، أو عتاق، أو صوم ونحو ذلك.

ولو لم يقصد بقوله: أنا منك مولٍ الإيجاب، بل قصد الخبر.. يكون كذباً، فلا يكون مولياً.

وكذا في قوله: أنت مثل امرأة فلان على ما في «فتح القدير».

هذا، **وأما ركنه:** فهو الحلف المذكور.

وشرطه:

محلية المرأة بأن تكون منكوحته وقت تنجيز الإيلاء، فلا يرد ما لو قال: إن تزوجتك فوالله لا أقربك فتزوّجها؛ فإنه يصير مولياً عندنا، على ما في «البحر» عن «المبسوط».

وأهلية الزوج: **الطلاق**: عند أبي حنيفة، **وللكفارة**: عندهما، فيصح إيلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو: والله لا أقربك؛ فإن قربها.. لا يلزمه كفارة، وإن مضت المدة بلا قربان.. بانت بتطليقة، ولا يصح عندهما.

وأما لو آلى بما هو قربة؛ كان قربتك.. فعلّي حج، أو صوم، أو صلاة.. فلا يصح اتفاقاً.

ولو آلى بما لا يلزم كونه قربة؛ كإن قربتك.. فعبدي حرّ ونحوه.. صح اتفاقاً، كذا في «فتح القدير».

قال في «الخانية»: إن طلاق الذمي جائز بالاتّفاق، وظهاره باطل بالاتفاق، وإيلاؤه على ثلاثة أوجه:

في وجه: يصير مولياً بالاتفاق، وهو أنه إذا قال الذمي لامرأته: إن قربتك.. فعبدي حرّ، أو قال: فامرأته الأخرى له طالق، أو هذه طالق.. فإنه يصير مولياً بالاتفاق.

وَهِيَ: أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ لِلْحُرَّةِ، وَشَهْرَانِ لِلْأَمَةِ.

فَلَا إِيلَاءَ لَو حلفَ على أقلَّ مِنْهَا.

وفي وجه: **لا يصير مولياً بالاتفاق**، وهو أنه إذا قال لامرأته: إن قربتك.. فعلّي الصوم أو الحج.

وفي وجه: **اختلفوا فيه**، وهو أنه إذا قال لامرأته: لا أقربك.. فإنه يصير مولياً في قول أبي حنيفة، وفي قولهما.. لا يصير مولياً، وبالقربان يلزمه الكفارة. انتهى.

وسببه: سبب الطلاق الرجعي، وهو عدم الموافقة [٤٤٦/ب] بينهما، وهما متشابهان في أن الإبانة فيهما مؤقتة إلى وقت، لكن من الناس من يختار الرجعي؛ لأن التدارك فيه لا يستعقب مكروهاً، ومنهم من يختار الإيلاء؛ لما أن التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق، بخلاف الرجعي؛ فإنه يتضمنه، كذا في «العناية».

وبيان حكمه وألفاظه سيأتي في الكتاب.

(**وهي**)، أي: مدّة الإيلاء: (**أربعة أشهر للحرة، وشهران للأمة، فلا إيلاء لو حلف على أقل منها**) بأن يقول: والله لا أقربك شهراً، أو شهرين، أو ثلاثة أشهر.

وقال ابن أبي ليلى: هو مولٍ بهذا القول؛ إن ترك وطأها أربعة أشهر.. بانت بتطليقة، وهو قول أبي حنيفة أولاً، فلمّا بلغه فتوى ابن عبّاس: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر.. رجع عنه.

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾: مطلق في الإيلاء، مقيد في التربص بأربعة أشهر، فيتقيد الإيلاء بتلك المدّة زيادة على النص، وذلك لا يجوز بفتوى ابن عباس، فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله الأوّل؟

أجيب: بأن فتوى ابن عبّاس وقع في المقدرات الشرعية، والرأي لا مدخل له في المقدّرات الشرعية، فكان مسموعاً من الشارع، ولم يرد عن أحد خلافه، فيجعل تفسيراً للنص لا تقييداً لمطلقه فكان تقديره: للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر: تربص أربعة أشهر، ترك الأول لدلالة الثاني عليه.

وَحكمهُ: وُقُوعُ طَلْقَةٍ بائنةٍ إِن برَّ، وَلُزُومُ الْكَفَّارَةِ أَو الْجَزَاءِ إِن حنثَ.

(**وحكمه: وقوع طلقة بائنة إن برّ**) في يمينه بأن لا يطأها في المدّة.

(**ولزوم الكفارة**) في الحلف بأن يقول: والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه.

(**أو الجزاء**) في الحلف بأن يقول: إن قربتك.. فعبدي حر ونحوه.

(**إن حنث**) في يمينه بأن وطئها في المدّة.

ثم شرع في بيان ألفاظه، وهي على نوعين: صريح وكناية:

فالصّريح: نحو: لا أقربك، لا أجامعك، لا أطؤك، لا أباضعك، لا أغتسل منك من جنابة.

والكناية: نحو: لا أمسك، لا آتيك، لا أغشاك، لا ألمسك، لا أغيظنك، لا أدخل عليك، لا أجمع رأسي ورأسك، لا أضاجعك، لا أدنو منك لا أبيت معك في فراش، لا يمس جلدي جلدك، لا أقرب فراشك.

ففي الصريح.. يكون مولياً بلا نية، حتى لو ادعى.. لم يعن الجماع لا يصدّق قضاءً، ويصدّق ديانةً.

وفي الكناية.. لا يكون موليا بلا نية، ويدين في القضاء، كذا في «فتح القدير» و«البحر».

وفي «فتح القدير»: أن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه، سواء كان حقيقةً، أو مجازاً لا بالحقيقة، وإلا.. لوجب كون الصريح لفظاً واحداً، أعني: لا أجامعك، فعلى هذا: صح كون الألفاظ المذكورة صريحاً.

وعن «المنتقى» قوله: لا أنام معك.. إيلاء بلا نية، فيكون هذا أيضاً من الصريح.

واعلم: أن الصريح، وإن كان لا يحتاج إلى النية، لكنه لا بد أن لا يكون صارف عن الإيلاء؛ لما في «غاية البيان» عن «الشامل»: حلف لا يقربها وهي حائض.. لا

فَلَو قَالَ لزوجته: «وَالله لَا أَقْرَبُكِ، أَو وَالله لَا أَقْرَبُكِ أَرْبَعَةَ أشهرٍ».. كَانَ مُولياً.

يكون مولياً؛ لأن الزوج ممنوع عن الوطء بالحيض، فلا يصير المنع مضافاً [٤٤٧/أ] إلى اليمين. انتهى.

(فلو قال لزوجته) وأمته (: والله لا أقربك، أو والله لا أقربك أربعة أشهر.. كان مولياً) لما تلوناه من قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ﴾ الآية.

أشار بإطلاقه: إلى أنه صريح لا كناية، وإلّا.. لذكر النية.

وبالمثالين: إلى أنه لا فرق بين تعيين المدة، أو الإطلاق؛ لأنه كالتّأييد.

وبذكر القسم: إلى أنه لو قال: لا أقربك ولم يقل والله.. لا يكون مولياً على ما في «البحر» عن الإسبيجابي.

وأشار أيضاً: إلى أنه لو قال لامرأته: والله لا أقربك في هذا البيت.. لا يكون مولياً.

وإلى أنه لو قال لامرأتين له: والله لا أقربكما.. يكون مولياً منهما، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب.. يقع على كل واحدة منهما تطليقة، ولو قال: والله لا أقرب إحداكما.. كان مولياً من واحدة، حتى لو مضت أربعة أشهر.. يقع الطلاق على إحداهما على ما في «قاضي خان».

وهل يصح تشريك الأخرى إليها؟

ففي «قاضي خان» أيضاً: رجل آلى من امرأته، ثم قال: أشركت في إيلائك هذه لامرأة أخرى له.. لا يكون مولياً من الثانية، ولو أشرك في الظهار.. صح إشراكه؛ لأن الكلام الأول قد تمّ، فلا يملك تغييره، وفي الظهار بإشراك الثانية: لا يتغيّر حكم الأول، وفي الإيلاء: يتغير؛ لأنه لو صح الإشراك في الإيلاء.. يتعلق الحنث بقربانهما جميعاً، فلا يصح إشراكه. انتهى.

وقال في «البدائع»: والفرق بين الإيلاء والظهار: أن الشركة في الإيلاء لو صحت.. لثبتت الشركة في المدة، فيصير كلّ واحد منهما أقل من أربعة أشهر، وهذا يمنع صحة الإيلاء، فاتضح منه معنى قول «قاضي خان»: يتعلق الحنث بقربانهما جميعاً.

وظهر منه أيضاً: أنه لو آلى منهما مدّة؛ لو قسمت تلك المدة.. خصت كلّ واحدة منهما أربعة أشهر فأكثر.. فإنه يكون مولياً من الثانية بالتشريك على ما صرّح به في «البحر».

ثم ذكر نقلاً عن الكرخي: أنه لو قال لامرأته: أنت عليّ حرام، ثم قال لامرأته الأخرى: قد أشركتك معها.. كان مولياً منهما كما في قوله: والله لا أقربكما، على ما مر آنفاً.

ولو قال: أنتما عليّ حرام.. كان مولياً من كل واحدة منهما على حدة، وتلزمه الكفارة بوطئها.

بخلاف قوله: والله لا أقربكما؛ حيث كان فيه مولياً منهما على ما مر؛ لأن هذا صار إيلاء لا يلزمه من هتك حرمة الاسم، وذلك لا يتحقق إلّا بقربانهما.

وأما قوله: أنتما عليّ حرام.. صار إيلاء باعتباره معناه، وهو إثبات التحريم، وإثبات التحريم قد وجد في كلّ واحدة منهما، فيثبت الإيلاء في حق كل واحدة منهما على حدة.

وأشار أيضاً: إلى أنه لو قال: والله لا أقربك حتى يقدم فلان، أو يموت فلان.. لا يكون مولياً في شيء من هذه الصور الثلاث؛ لاحتمال أن يقدم فلان في المدة، وكذا أن تموت هي، أو فلان في المدة، فلا يمين على أربعة أشهر يقيناً.

ولو قال: والله لا أقربهما حتى يخرج الدجال، أو حتى تطلع الشمس من مغربها.. يكون مولياً استحساناً، كذا في «قاضي خان».

وَكَذَا لَو قَالَ: «إِن قربتُكِ فعليّ حجٌّ، أَو صَوْمٌ، أَو صَدَقَةٌ، أَو فَأَنتِ طَالِقٌ، أَو عَبدي حرٌّ»؛ ....

وذكر في «الخانية» عن «الينابيع»: أنه لو جعل للإيلاء غاية؛ فإنه ينظر؛ إن كان لا يرجى وجوده [٤٤٧/ب] في مدة الإيلاء.. يكون مولياً؛ مثل أن يقول في رجب: والله لا أقربك حتى أصوم المحرّم.

أو قال: والله لا أقربك حتى آتي الكوفة، وبينه وبين الكوفة مسيرة أربعة أشهر، وإن كان أقلّ من ذلك.. لا يكون مولياً.

وإن كان رجا وجوده في المدّة، ولكن من لازم وجوده زوال النكاح؛ مثل أن يقول لامرأته: والله لا أقربك حتى أطلقك ثلاثاً.. فإنه لا يكون مولياً.

(**وكذا**)، أي: كان مولياً (**لو قال: إن قربتك.. فعليَّ حج، أو صوم، أو صدقة، أو فأنتِ طالق، أو عبدي حرّ**)، وإنما صار مولياً بها؛ لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء، وهذه الأجزئة مانعة من الوطء؛ لما فيها من المشقة، فصار في معنى اليمين بالله تعالى، بخلاف اليمين بنحو الصّلاة والغزو لعدم المشقة فيها؛ لأنه يسهل عليه إيجادها.

وفي «الحاوي القدسي»: لو حلف بالصلاة.. لم يكن مولياً.

وقال محمد وزفر: يكون مولياً، وبه نأخذ. انتهى.

وفي الحلف بعتق عبده خلاف أبي يوسف، هو يقول: يمكنه أن يبيعه، ثم يقربها، فلا يلزمه شيء.

ولهما: أن البيع موهوم بناءً على أن الأصل عدم ما يحدث، فلا يمنع المانعية في الإيلاء، ولكن إن باع العبد.. سقط الإيلاء عنه بالإجماع؛ لأنه صار بحالٍ يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء، وإن اشتراه بعد ذلك.. لزمه الإيلاء من وقت الشراء؛ لأنه صار بحال لا يملك قربانها إلا بعتق يلزمه.

فَإِن قَرِبَهَا فِي الْمدَّةِ.. حنثَ ....

ولو كان جامعها بعدما باعه، ثم اشتراه.. لم يكن مولياً؛ لأن اليمين قد سقطت بوجود شرط الحِنْثِ بعد بيع العبد.

وإن مات العبد قبل أن يبيعه.. سقط الإيلاء؛ لأنه يتمكن من قربانها بعد موته من غير أن يلزمه شيء، كذا في «الكافي».

وقال في «الخانية»: إذا قال لها: «إن قربتك فعليَّ كفارة اليمين».. فهو مول.

وكذلك إذا قال لها: إن قربتك.. فعلي يمين.

ولو قال لها: «إن قربتك.. فعلي حج، أو عمرة، أو هدي، أو صدقة، أو اعتكاف، أو صيام».. فهو مول.

ثم قال نقلاً عن «الخلاصة»: وعند محمد وزفر: لا يكون مولياً.

ثم قال: وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا قال لامرأته إذا قربتك فوالله لأطلقن فلانة، أو بفلانة، امرأة أخرى له.. فلا يكون مولياً.

ولو قال: إن قربتك ففلانة طالق بعد سنة.. فهو مول.

وذكر هشام عن محمد: إذا قال إن قربت امرأتي.. فمالي هبةٌ في المساكين؛ إن نوى الصدقة.. فهو مول، وإلا.. فليس بمول، والقول في ذلك قوله.

وفي تعليق «قاضي خان»: رجل قال لامرأته: «إن وطئتك ما دمت معي فأنت طالق ثلاثاً» ثم أراد الحيلة، قال محمد: يطلقها تطليقة بائنة، ثم يتزوجها من ساعته فيطؤها.. فلا يحنث. انتهى.

أي: لا يحنث في يمينه؛ لأنه مؤقت بملك ذلك النكاح، ويسقط الإيلاء أيضاً بوطئه.

(**فإن قربها**) - بكسر الراء - (**في المدة.. حنث**) في يمينه، ولزمته الكفارة أو الجزاء، خلافاً للشافعي؛ لأن الله تعالى [٤٤٨/أ] قال: ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾، وعد المغفرة؛ والمغفور لا يجب عليه عقوبة.

وَسقطَ الْإِيلَاءُ.

وإلاّ.. بَانَتْ بمَضيّها.

وَسقطَ الْيَمينُ إِن حلفَ على أَرْبَعَةِ أشهرٍ، وَبقيَت إِن أَطلقَ؛ ....

قلنا: وعد المغفرة في الآخرة، وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا.

(**وسقط الإيلاء**)، حتى لو مضت أربعة أشهر.. لا يقع الطّلاق؛ لارتفاع اليمين بالحنث.

(**وإلا**)؛ أي: وإن لم يقربها في المدّة (.. **بانت بمضيها**)، أي: مضى المدّة؛ لأن معنى الإيلاء إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك.. فأنت بائنة، فيكون في معنى التعليق.

وقال الشافعي: لا تقع البينونة بمضي المدة، ولكنه يوقف بعدها على أن يفيء إليها، أو يفارقها؛ فإن أبى أن يفعل.. تبين بتفريق القاضي؛ لأنه مانع حقّها في الجماع، فينوب القاضي منابه في التسريح؛ كما في الجب والعنة.

قلنا: إنه ظلمها بمنع حقّها، وهو: الوطء في المدّة، فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة، على ما هو المأثور عن العبادلة الثلاثة.

(**وسقط اليمين**)، عطف على بانت.

(**إن حلف على أربعة أشهر، وبقيت إن أطلق**) عن قيد المدّة، بأن قال: والله لا أقربك، وكذا لو قال: أبداً، على ما في «الكفاية»؛ يعني: إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها.. فلا يخلو:

إما إن كان حلف على أربعة أشهر، أو على الإطلاق، أو على الأبد.

فإن كان الأول.. سقط اليمين؛ لكونها مؤقتة.

وإن كان الثاني والثالث.. لا تسقط؛ لعدم كونها مؤقّتة، ولم يوجد الحنث حتى يرتفع به، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج بتكرر المدة وإن كانت اليمين باقية عند

فَلَو نَكَحَهَا ثَانِياً.. عَادَ الْإِيلَاءُ؛ فَإِن مَضَت مُدَّةٌ أُخْرَى بِلَا وطءٍ.. بَانَتْ بِأُخْرَى؛ فَإِن نَكَحَهَا ثَالِثاً.. فَكَذَلِكَ؛ فَإِن تزَوَّجهَا بعدَ زوجٍ آخرَ.. فَلَا إِيلَاءَ، ...

عامة المشايخ؛ لأنه لم يوجد منه منع حقّها بعد البينونة؛ لعدم حقها بعدها في الجماع، فلا يتحقق من الظلم لها.

وقيل: يتكرر بتكرر المدة قبل انقضاء العدة؛ لأن الإيلاء في حقّ الطلاق بمنزلة الشرط المتكرر، فكأنه قال: «كلّما مضت مدّة أربعة أشهر ولم أقربك فيها.. فأنت طالق بائن»، والأصح: قول العامّة، لما ذكرناه.

وإلى هذا أشار بتفريع قوله: (**فلو نكحها ثانياً**) بعد البينونة بمضي أربعة أشهر بعد انقضاء عدّتها (.. **عاد الإيلاء**)؛ لبقاء اليمين، سواء كان نكحها قبل التزوج بزوج آخر، أو بعده، لكنه لو نكحها قبله.. يعود إليه بما بقي من الطلقة، أو الطلقتين؛ لعدم الهادم.

ولو نكحها بعده.. يعود إليه بثلاث تطليقات؛ لأن الزوج الآخر يهدم ما دون الثلاث؛ كما يهدم الثلاث على ما سيأتي من «التبيين».

(**فإن مضت مدّة أخرى بلا وطء.. بانت بأخرى**)؛ لأن اليمين كانت باقية، وبالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم منه بمنع حقّها، فيجازى بالطّلاق البائن؛ ليزول الظلم منها.

ولو وطئها في مدة أخرى.. سقط الإيلاء، ولزمه الكفارة والجزاء.

(**فإن نكحها ثالثاً.. فكذلك**)، لما ذكرناه من أن اليمين باقية والظلم متحقق، ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج، على ما في «الهداية»، بخلاف ما إذا تزوّجها قبل انقضاء العدّة؛ فإن ذلك الإيلاء.. يعتبر من وقت الطلاق، لا من وقت التزوج، على ما في «العناية» نقلاً عن التمرتاشي.

(**فإن تزوّجها بعد زوج آخر**)، أي: بعدما بانت بالإيلاء ثلاث مرّات على ما يشعر به تفريقه [٤٤٨/ب] (**فلا إيلاء**)، أي: لا يقع الطّلاق عليها بالإيلاء الأوّل؛ لأنه

وَالْيَمِينُ بَاقِيَةٌ.

فَإِن وطئ. لزمَ الْكَفَّارَةَ أَو الْجَزَاءُ.

وَلَا تبينُ بِمُضِيّ الْمدَّةِ وَإِن لم يَطَأْ.

وَكَذَا لَو آلى مِن أَجْنَبِيَّةٍ ....

مقيّد بطلاق هذا الملك، لما ذكرناه أنه بمنزلة التعليق بمضي الوقت؛ كأنه قال: كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق، وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق هذا الملك الذي حصل فيه التعّليق.

(**واليمين باقية**)؛ لعدم التقييد بالوقت ولعدم الحنث.

(**فإن وطئ.. لزم الكفارة**) في اليمين بالله، (**أو الجزاء**) في اليمين لغير الله؛ لأن موجب الحنث في اليمين هو هذا.

(**ولا تبين**) المرأة (**بمضى المدّة وإن لم يطأ**)، لما ذكرناه من أنه مقيد بطلاق هذا الملك، وهذا في المبانة بالإيلاء ثلاث مرّات.

وأما لو بانت بالإيلاء مرّة، أو مرّتين، وتزوّجت بزوج آخر وعادت إلى الأوّل.. عادت بثلاث تطليقات، وتطلق كلّما مضى أربعة أشهر بلا وطء، حتى تبين منه بثلاث تطليقات، وكذا في الثاني والثالث إلى ما لا يتناهى، هذا عندهما.

وقال محمّد: عادت بما بقي من الطّلاق، بناء على ما مر من الخلاف في مسألة الهدم على ما في «التبيين».

(**وكذا**)، أي: لا يكون مولياً (**لو آلى من أجنبية**)؛ أي: لو قال لها: «والله لا أقربك» مثلاً، ثم تزوّجها.. لم يكن موليا؛ لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً؛ لانعدام المحلّية؛ إذ المحلّ نساؤنا بالنص السّابق فكان؛ كبيع الميتة، فلا ينقلب بعد ذلك صحيحاً.

وكذا لو قال لأجنبية: أنت عليَّ كظهر أمي، ثم تزوجها.. لا يكون مظاهراً، على ما في «الحاوي» و«العناية».

أَو مبانته.

أَمَّا الرَّجْعِيَّةُ.. فكالزوجة.

وَلَا إِيـلَاءَ فِيمَـا دونَ أَرْبَعَـةِ أَشـهرٍ؛ فَلَـو قَـالَ: «وَاللهِ لَا أَقْربُـكِ شَـهْرَيْنِ، وشهرَينِ بعدَهمَا».. كَانَ إِيلَاءً.

فَلَو مكثَ يَوْماً ثمَّ قَالَ: «أقربُكِ شَهْرَيْنِ بعدَ الشَّهْرَيْنِ الْأَوَّلين».. فَلَيْسَ بإِيلاءٍ.

(**أو من مبانته**) لما ذكرناه، ولكن إن قربها.. كفَّر عن يمينه؛ لتحقق الحنث، إذ اليمين منعقدة في حق الحنث؛ لأنه يعتمد تصوّر المحلوف عليه، ولا يعتمد حلّه وحرمته.

(**أما الرجعيّة**) بالطَّلْقَة الرَّجْعِيّة (**فكالزوجة**)؛ لقيام الزوجيّة فيها، فيكون مولياً بالإيلاء بها، واعترض بأنّ الإيلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع، والمطلقة الرجعية ليس لها حّق في الجماع، حتى لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك، وكان المستحب للزوج أن يراجعها بغير الجماع، فلا يكون الزوج ظالماً حتى يترتب عليه الإيلاء.

أجيب: بأن الحكم في محلّ النص مضاف إلى النص دون المعنى، والمطلقة الرجعية من محل النص؛ لأنها من نسائنا.

(**ولا إيلاء فيما دون أربعة أشهر**)، كذا روي عن ابن عباس، وفيه خلاف ابن أبي ليلى، على ما قدّمناه مع جوابه.

(**فلو قال: والله لا أقربك شهرين وشهرين بعدهما.. كان إيلاء**)؛ لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار؛ كالجمع بلفظ الجمع.

(**فلو مكث يوماً**)، لو ساعة بعد قوله: والله لا أقربك شهرين، (**ثم قال: لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين.. فليس بإيلاء**).

وكذا لو قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأوّلين بإعادة القسم، على ما

وَكَذَا لَو قَالَ: «لَا أَقْرَبُكِ سنةً إِلاَّ يَوْماً»؛ ....

في «الهداية»، وهذا؛ لأن الثاني إيجاب مبتدأ.

وقال في «العناية»: والأصل في ذلك: أنه إذا لم يعد اسم الله في المعطوف، ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة.. دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه؛ كما في المسألة الأولى [٤٤٩/أ]، وأما إذا فات أحد الأمور المذكورة.. فقد كان إيجاباً مبتدءاً، وعلى هذا في المسألة الثانية.. لا يكون مولياً؛ لفوات الأمور الثلاثة؛ لوجود المكث يوماً، وإعادة اسم الله وحرف النفي، فقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأولى شهرين، وبعد الثانية: مضافاً إلى الأولى بقوله: بعد الشهرين الأوّلين أربعة إلّا يوماً مكث فيه، فلم تتكامل المدّة، أعني: أربعة أشهر.. فلا يكون مولياً، ويكون كلامه يمينين مستقلّين يلزمه بالقربان؛ كفارتان.

ولو قال: والله لا أقربك شهرين، ولا شهرين.. لا يصير مولياً؛ لأنه بإعادة حرف النفي صار إيجاباً آخر وصارا أجلين وتداخلا، كما لو قال: والله لا أكلّم فلاناً يوماً، ولا يومين إن اليمين تنقضي بيومين؛ لأنه أعاد كلمة النفي، فصار الثاني منفرداً عن الأوّل، فتداخل وقتهما بعد الانفراد؛ لأن الوقت الواحد يصلح وقتاً لأيمان كثيرة؛ فإن من قال: والله لا أكلّم فلاناً شهراً، ولا أدخل هذه الدار شهراً، ولا آكل هذا الطعام شهراً، فمضى شهر واحد.. تنتهي الأيمان كلها، فكذلك ههنا إذا مضى شهران.. فقد مضت مدّة كلّ واحدة من اليمنيين، فيمكنه قربان امرأته في مدّة الإيلاء بغير شيء يلزمه، فلا يصير مولياً، بخلاف المسألة الأولى؛ فإنه لمّا لم يفرد مدّة الثانية بنفي على حدة.. كان الكل مدّة واحدة، فكان مولياً، فعلم منه: أن فيما ذكره المصنف: لا يكون مولياً؛ لفوات الأمرين من الأمور الثلاثة.

(**وكذا لو قال: لا أقربك سنة إلّا يوماً**) خلافاً لزفر؛ لأن الاستثناء مصروف عنده إلى آخر أيّامها؛ كما لو قال: أجرت داري هذه سنة إلّا يوماً، أو قال: أجلت الدَّين سنة إلا يوماً، فتمت مدة المنع.

ولنا: أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه، وهذا ليس

فَإِن قرِبَهَا وَقد بَقِيَ مِنَ السَّنةِ أَرْبَعَةُ أشهرٍ.. صَارَ إِيلَاءٍ.

وَلَو قَالَ: «لَا أَدخلُ بصرةَ» وَامْرَأَتُهُ فِيهَا.. لَا يكونُ مُولياً.

بصادق على ما نحن فيه؛ لأنه يمكنه القربان بلا شيء؛ إذ المستثنى يومٌ منكَّرٌ، فما من يوم يمر عليه بعد يمينه.. إلا ويمكنه أن يجعله المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه.

ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة؛ لأنه معين، فيكون تغييراً لكلامه من المنكَّر إلى المعيَّن بغير حاجة؛ لأن الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين، بخلاف الإجارة؛ فإن الحاجة ماسّة فيها إلى الصرف إلى آخر السنة؛ لتصحيح الإجارة؛ فإنها لا تصح مع التنكير للجهالة، وتأجيل الدين كالإجارة؛ فإنه لا يصح مع الجهالة أيضاً.

(**فإن قربها وقد بقي من السنة أربعة أشهر**) أو أكثر (.. **صار إيلاء**)، أي بالاتفاق، على ما في «الخانية»؛ لأن الاستثناء قد سقط وقد بقي مدة الإيلاء، ولكنه لو قربها في يوم.. صار مولياً إذا غربت الشمس من ذلك اليوم، ولا يكون مولياً بمجرد القربان، بخلاف قوله: سنة إلّا مرّة؛ فإنه إذا قربها.. صار مولياً من ساعته، كذا في «البحر».

وفيه أيضاً: أن التقييد بالسنة في قوله: لا أقربك سنة اتفاقيٌ؛ لأنه لو أطلق، فقال: لا أقربك إلا يوماً.. لا يكون مولياً أيضاً، لكن إذا قربها هنا.. صار مولياً مطلقاً، وكذا لا فرق بين [٤٤٩/ب] الاقتصار على اليوم وبين وصفه بقوله: إلّا يوماً أقربك فيه في عدم كونه مولياً، لكن هنا لا يصير مولياً أبداً، قرِبَها، أو لا.

وقال في «الخانية» عن «الكافي»: لو قال لامرأتيه: والله لا أقربكما إلّا يوم أقربكما فيه.. لم يصر مولياً أبداً.

ولو قال: إلّا يوماً واحداً؛ قربهما في يوم واحد.. يصير مولياً بعد مضيّه، ولو قربهما في يومين.. حنث.

(**ولو قال: لا أدخل بصرة وامرأته فيها.. لا يكون مولياً**)؛ لأنه يمكنه القربان من

غير شيء يلزمه بالإخراج من البصرة قبل مضي المدّة؛ فإن كان لا يمكنه بأن كان بينه وبين البصرة ثمانية أشهر مثلاً.. صار مولياً، على ما في «البحر» عن «جوامع الفقه».

ثم قال: وأما على ما ذكره «قاضي خان»: العبرة لأربعة أشهر، ثم تعقبه، وقال: والّذي يظهر: ضعفه؛ لإمكان خروج كلّ منهما من موضعهما إلى آخر، فليتقيان في أقل من أربعة أشهر، فالعبرة إلى ثمانية أشهر، كما في «جوامع الفقه».

قلت: الجواب عنه، على ما في «الكفاية»: أن الزوج لا يقدر على ذلك بنفسه، والقدرة بالغير غير معتبرة عند أبي حنيفة، وعندهما: أن القدرة بالغير، وإن كانت معتبرة.. إلّا أنّه لا بدّ أن يكون الزّوج قادراً على اكتساب سبب القدرة، وفيما نحن فيه ليس بقادر عليه.

فإن قيل: إنّ من له أربعة نسوة، إذا قال: والله لا يقربهن.. يصير مولياً، فهن إن لم يقربهن جميعاً أربعة أشهر.. بينّ عنه عندنا، مع أنّ له أن يطأ كلّ واحدة منهنّ، إلى أن يأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه، لما أنّ الحنث لا يتعلق بأجزاء المحلوف قبل أن يأتي بالكلّ؛ كما لو حلف: لا يدخل هذه الدُّور الأربع.. له أن يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكلّ.

ثم لما كان في مسألة الحلف على أربع نسوة بنفي القربان مولياً في الحال في حق كلّ واحدة منهنّ.. علم أنّ إمكان القربان من غير شيء لا يمنع صحة الإيلاء، فكيف يستقيم التعليل بقولهم: لأنه يمكنه القربان؟!

أجيب عنه: بأنه إنما صار مع إمكان القربان على الوجه المذكور؛ لأن الحالف ظالم في حق كلّ واحدة منهنّ بمنع حقها في الجماع؛ كما لو عقد يمينه على كلّ واحدة منهن على الانفراد، إلا أنه.. لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن؛ لأن الكفارة موجب الحنث، فلا يجب ما لم يتم شرطه، ولكن عند تمام الشرط.. لا يكون وجوب الكفارة بقربان الأخيرة فقط، بل بقربانهنّ جميعاً.

وأما وقوع الطلاق في الإيلاء.. فباعتبار البرّ، وذلك يتحقق في كلّ واحدة

وَإِن عجِزَ الْمولي عَن وَطئِهَا؛ بمرضِهِ، أَو مَرضِهَا، أَو رَتقها، أَو صِغَرِها، أو جَبِّهِ، أَو لِأَنَّ بَينهَا وَبَينَهُ مَسَافَةَ أَرْبَعَةِ أشهرٍ.. ....

منهنّ، فلهذا بِنَّ بمضي المدّة، كذا في «النهاية» و «العناية».

(وإن عجز المولي عن وطئها بمرضه، أو مرضها، أو رتقها، أو صغرها) فيه إشارة إلى أن صغر الزوجة لا يمنع صحة الإيلاء، بخلاف صغر الزوج؛ فإنه يمنع صحة الإيلاء على ما صرّح به في «الخانية» عن «شرح الطحاوي» قال: والصبّي، أو المجنون، أو المعتوه، أو النّائم إذا آلى من امرأته.. لا يصح إيلاؤه. انتهى.

(أو جبه، أو لأن بينها وبينه مسافة [٤٥٠/أ] أربعة أشهر) من وقت الحلف إلى آخر مدّة الإيلاء، وقيّد بأربعة أشهر؛ لأن فيما دونها لا يصح الفيء باللسان، بل يلزمه الجماع؛ سواء قدر على الجماع، أو يمنعه مانع؛ كما يلزمه الجماع في العجز الحكمي، على ما صرّح به في «الخانية»؛ حيث قال: والمعتبر في الفيء باللّسان هو العجز الحقيقي، دون الحكمي.

والحقيقي: أن يكون الزوج مريضاً لا يستطيع جماعها، أو كانت مريضة، أو صغيرة لا تستطيع جماعاً، أو كانت غائبة وبينهما مسافة لا تقدر على قطعها في مدة الإيلاء، أو تكون محتجبة في مكان لا يعرفها الزوج، أو تكون رتقاء.. فالفيء في جميع ذلك بالقول.

والعجز الحكمي: أن يكون أحدهما: محرماً.

ثم ذكر عن «الخلاصة»، وقال: ولو كان المانع شرعيّاً بأن كان محرماً بينه وبين الحج أربعة أشهر.. ففيئه بالجماع لا غير، والفيء باللّسان إذا كان لا يقدر أن يدخلها عليه.

ثم ذكر عن «شرح الطحاوي»: ولو آلى من امرأته وهو محبوس وهي محبوسة، أو كان بينه وبين امرأته أقل من أربعة أشهر، إلا أن العدو أو السّلطان يمنعه من ذلك.. فإن فيئه لا يصح إلّا بالفعل.

ففيئُهُ أَن يَقُولَ: «فئتُ إِلَيْهَا» إِن اسْتمرَّ الْعذرُ مِن وَقتِ الْحَلِفِ إِلَى آخرِ الْمدَّةِ.

فَلَو زَالَ فِي الْمدَّةِ.. تعيَّنَ الفيءُ بالوطءِ.

وكذلك لو آلى من امرأته وهي محرمة وبينه وبين الحجّ أربعة أشهر.. فإن فيئه لا يكون إلا بالفعل وإن كان عاصياً في فعله.

ثم إنما اعتبر الفيء باللسان في حق المريض حال قيام الرجعة لا بعد البينونة، حتى أنّ المريض إذا آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر ولم يفئ إليها، حتى بانت منه بتطليقة، ثم فاء إليها بلسانه بعد ذلك.. لا يبطل الإيلاء.

حتى لو تزوجها وهو مريض على حاله، ثم مضت أربعة أشهر ولم يفئ إليها.. بانت بتطليقة أخرى.

وأما الفيء بالجماع: فكما يعتبر حال قيام الرجعة.. يعتبر بعد البينونة، وانحلت اليمين ولا تقع، حتّى أن الصحيح: إذا آلى من امرأته ومضت أربعة أشهر وبانت منه بتطليقة، ثم جامعها.. يبطل الإيلاء، حتى لو تزوجها بعد ذلك ومضت أربعة أشهر أخرى من غير جماع.. لا يقع عليها طلاق آخر. انتهى.

(ففيئه) باللّسان، وذلك مثل (أن يقول: فئت إليها)، أو راجعت إليها، أو أبطلت الإيلاء.

(إن استمر العذر) المبيح للفيء باللسان (من وقت الحلف إلى آخر المدة) هذا إذا كان الإيلاء مطلقاً مرسلاً؛ أما لو كان معلقاً بشرط.. فإنه يعتبر استمرار العذر في حق جواز الفيء باللّسان وعدمه من وقت وجود الشرط، لا من وقت الحلف، حتى لو قال لامرأة وهو صحيح: لو تزوجتك فوالله لا أقربك، فتزوجها في مرض يعجز عن الجماع، ففاء بلسانه.. صح؛ لوجود العذر عند وجود الشرط، كذا في «الفصولين».

(فلو زال العجز في المدة.. تعين الفيء بالوطء).

واعلم أن مسألة عجز المولي عن وطئها على أربعة أوجه:

أحدها: أنه آلى وهو مريض واستمر عذره من وقت الحلف إلى أربعة أشهر، ففيئه باللّسان عندنا.

وقال الشافعي: إنه لا فيء إلا بالجماع، وإليه ذهب الطحاوي منا؛ لأنه لو كان فيئاً.. لكان حنثاً؛ لأن الفيء [٤٥٠/ب] يستلزم حكمين: وجوب الكفارة، وانتفاء الفرقة، ثم الفيء باللسان لا يعتبر في أحد الحكمين وهو الكفارة ، وكذلك في الآخر.

ولنا: أنه آذاها بذكر المنع لا بمنع حقّها؛ لأن الزوج إذا كان عاجزاً عن الجماع حال الايلاء.. لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في الجماع؛ إذ لا حقَّ لها فيه حينئذ، وإنما قصده الإيحاش باللسان؛ ومثل ذلك ظلم يرتفع باللّسان، وإذا أرضاها باللّسان.. ارتفع الظلم؛ لأن التوبة بحسب الجناية، فلا يجازى بالطلاق، ولا يلزم من كونه فيئاً على هذا الوجه أن تجب الكفارة؛ لأنها جزاء الحنث، والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان.

والحاصل: أن الفيء باللسان يعمل عمل الجماع في حق إبطال الإيلاء، [وفي حق الطلاق لا في حق الحنث.

فإن قيل: إذا لم يتحقق منه الظلم بمنع حقها.. وجب أن لا يتحقق الإيلاء] أيضاً لابتنائه عليه.

أجيب عنه: بأن النص يقتضي صحة الإيلاء من النساء مطلقاً بلا تقييد بوصف الصّحة، فلا يجوز اشتراطه؛ لأنه تقييد المطلق، وذلك نسخ لا يجوز، أو لأنه تعليل فيه إبطال حكم النص، والتعليل على وجه يبطل حكم النص باطل؛ لأن الحكم في موضع النص يضاف إلى النص، لا إلى العلّة، وإنما العلة لإلحاق غيره به.

وثانيها: أنه آلى وهو صحيح وبقي بعد إيلائه صحيحاً مقدار أن يستطيع فيه أن يجامعها، ثم مرض بعده في المدة.. ففيئه بالجماع عندنا، خلافاً لزفر؛ لأن المعتبر عنده آخر المدة، وهو عاجز عنده.

قلنا: لما تمكن من جماعها.. فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع، فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع.

وثالثها: أنه آلى وهو مريض فقدر على الجماع في المدة، وفيئه بالجماع أيضاً؛ سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول، أو لم يفئ؛ أما الثاني: فظاهر، وأما الأول؛ فلأنه قدر على الأصل، وهو الجماع قبل حصول المقصود بالخلاف، وهو الفيء باللسان، وذلك لأن المقصود بالفيء باللسان: عدم ثبوت البينونة بمضي أربعة أشهر، وذلك إنما يترتب على مضي هذه المدّة، فقبل مضيّها إذا صحّ.. صار ظالماً في حقها، فيبطل الخلاف ويرجع إلى الأصل.

ورابعها: أنه آلى وهو مريض، ثم مرضت امرأته قبل أن يبرأ هو، ثم برأ وبقيت مريضة إلى انقضاء المدة؛ فإن فيئه بالوطء عندنا، وعند زفر: بالقول.

له: أنه لم يكن ظالماً في حقها بمنع الجماع؛ لاستمرار نوع المرض من وقت الحلف إلى آخر المدة.

ولنا: أنه اختلف سبب الرخصة؛ لأن كلا المرضين يوجب جواز الفيء باللّسان، واختلاف أسباب الرخصة.. يمنع الاحتساب بالرخصة الأولى عن الثانية، وتصير الأولى كأن لم تكن؛ كالمسافر إذا تيمم لعدم الماء، ثم مرض مرضاً مبيحاً له التيمم بانفراده.. لم يجز له الصلاة بذلك التيمم، كذلك المرأة يبيح الفيء بالقول، فلا يبنى حكمه على مرض الزوج، كذا في «الفصولين»، يعني: أنّ المبيح عندنا: عين المرض لا نوعه، وقد بطل عين الأول بالثاني، والثاني غير مستمر [٤٥١/أ] من وقت الحلف إلى آخر المدّة، فتعيّن الفيء بالجماع؛ لانتفاء شرط الفيء باللّسان، وهو الاستمرار على ما أشار إليه بقوله: إن استمر العذر. انتهى.

وَإِن قَالَ لَهَا: «أَنْت عليَّ حرَامٌ».. كَانَ مولياً إِن نوى التَّحْرِيمَ، أَو لم ينوِ شَيْئاً.

والحاصل: أنّ الفيء باللّسان في حقّ المريض إنما يعتبر بشرطين:

أحدهما: استمرار العجز المبيح من وقت الحلف، أو من وقت وجود الشرط إلى آخر المدّة، حتى لو لم يستمر - كما في الصّور الثلاثة المذكورة - تعيّن الفيء بالجماع.

وثانيهما: قيام الزوجيّة، أي: الرجعة بينهما، حتى لو آلى وهو مريض، ومضت أربعة أشهر ولم يفئ فبانت منه، ثم صحّ ففاء في صحتّه بلسانه.. لم يصح فيؤه، ولم يبطل إيلاؤه؛ لعدم بقاء الزوجية حين فاء، حتى لو تزوّجها ثانياً وهو مريض ففاء بلسانه.. يرجع إيلاؤه وصحّ فيؤه عند أبي يوسف، وعندهما: لا يصح.

والأصح: هو الأوّل، على ما في «الزيلعي» وغيره؛ لأن الإيلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض أيضاً، وفي زمان الصحّة صارت هي مبانة لا حق لها في الجماع، فلا يعود فيه حكم الإيلاء.

ولهما: أنّ ذلك بتقصير منه؛ فإنه كان يمكنه الفيء باللّسان قبل مضي المدة، ولا تبين.

وأما الفيء بالجماع، فلا يشترط فيه قيام الزوجيّة، بل يعتبر بعد البينونة أيضاً، حتى لو آلى وهو صحيح فمضت أربعة أشهر بلا فيء فبانت، ثم جامعها.. بطل إيلاؤه، حتى لو تزوجها بعده ومضت أربعة أشهر بلا جماع.. لا تطلق، كذا في «الفصولين» وقد ذكرناه عن «الخانية».

(**وإن قال لها**)؛ أي: لزوجته (**أنت عليّ حرام.. كان مولياً إن نوى التحريم، أو لم ينو شيئاً**) من الكذب والطلاق والظهار والتحريم؛ أما إذا نوى التحريم؛ فلأنّ الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات، وهي: الحرمة بالإيلاء؛ لأنها دون الحرمة الثابتة بالظهار والطّلاق، وفيه تفصيل ذكرناه في الكنايات.

وَإِن نوى ظِهَاراً.. فظهارٌ.

وَإِن نوى الْكَذِب.. فكِذبٌ.

وَإِن نوى الطَّلَاقَ.. فبائنٌ.

وَإِن نوى الثَّلَاثَ. فَثَلَاثٌ.

وَالْفَتْوَى على وُقُوعِ الطَّلَاقِ بِهِ وَإِن لم ينوِ.

(وإن نوى ظهاراً.. فظهار) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمّد: ليس بظهار؛ لأنه تشبيه المحلّلة بالمحرّمة، ولا تشبيه ههنا.

ولهما أنه أطلق الحرمة وهي تحتمل أنواعاً، والظهار من محتملاتها.. فصحَّت نيته.

(وإن نوى الكذب.. فكذب) لا يقع به الطلاق، ولا الإيلاء، ولا الظهار؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن المرأة كانت حلالاً له فقوله: أنت حرام، خبر غير مطابق للواقع، فيكون كذباً، فالنية به تكون بيان نفسه تفسيراً وتقريراً.

(وإن نوى الطلاق.. فبائن) إن لم ينو شيئاً من العدد، أو نوى واحدة، أو ثنتين.

(وإن نوى الثلاث.. فثلاث)؛ لأنه من الكنايات فيعمل نيته.

(والفتوى على وقوع الطّلاق به)، أي: بقوله: أنت علي حرام، ونحوه (وإن لم ينو) الطّلاق، على ما روي عن أبي بكر الإسكاف والهندواني، قال في: «التاتارخانية»: إذا قال لامرأتين: أنتما عليّ حرام، ينوي الطلاق في إحداهما والإيلاء في الأخرى.. فهما طالقان، على ما روي عن أبي يوسف ومحمد؛ لأن اللفظ الواحد [٤٥١/ب] لا ينتظم المعنيين المختلفين، فحمل على الأغلظ وهو الطّلاق.

وعند أبي حنيفة يمضي كما نوى.

وفي «المحيط»: وكذلك إذا نوى في أحدهما: ثلاث تطليقات، وفي الأخرى واحدة.. فهما طالقان ثلاثاً في قول أبي يوسف.

وَكَذَا بقولِهِ: كلُّ حَلَالٍ عليَّ حرَامٌ أَو (هرجه بدست راست كيرم برمن حرَام) للْعُرْفِ.

وقال أبو حنيفة: يمضي كما نوى، ويجب أن يكون هذا قول محمد أيضاً، وعليه الفتوى.

ولو قال: هذه علي حرام وهذه، وهو ينوي الطّلاق في إحداهما والإيلاء في الأخرى.. فهما طالقان.

ولو قال: هذه علي حرام ينوي الطلاق، وهذه علي حرام ينوي الإيلاء.. فهو كما نوى.

ولو قال: لامرأته وأمّ ولده: هما علي حرام ينوي في الحرة الإيلاء، وفي أم الولد الطلاق.. فهو إيلاء فيهما.

(**وكذا بقوله: «كلّ حلال عليّ حرام»، «هرجه بدست راست كيرم بر من حرام» للعرف**) على أنّ النّاس يريدون بمثل هذه الألفاظ الطّلاق.

وفي «الخلاصة» عن «المحيط»: إذا قالت لزوجها: أنت علي حرام، أو قالت: أنا عليك حرام.. كان يميناً وإن لم تنو، كما في جانب الزّوج، حتى لو مكنت زوجها.. حنث ويلزمها الكفارة.

ثم ذكر عن «الفتاوى»: إذا قال لامرأته: أنت علي حرام - والحرام عنده طلاق - لكن لم ينو طلاقاً.. وقع الطّلاق.

قال المرغيناني: لا أقول لا يشترط النية، لكن يجعل ناوياً عرفاً.

وكذا في قوله: «هرجه بدست راست كيرم برمن حرام».. لا يصدق أنه لم ينو.

ولو قال: «هرجه بدست كرفته أم» بمنزلة قوله: «كيرم».

ولو قال: «هرجه بدست جب كيرم»، قال: في «مجموع النوازل» لا يكون طلاقاً، وإن نوى.

ولو قال: «هرجه بدست راست كيرفته أم».. لا يكون طلاقاً؛ لأن العرف في قوله: «كيرم»، ولا عرف في قوله: «كرفته أم».

ولو قال: «هرجه بدست كيرم»، ولم يقل: «راست» «أوجب».. فهو بمنزلة قوله: «هرجه بدست راست كيرم».

ولو قال: كلّ حلال عليّ حرام، أو: «هرجه مرا حلال أست برمن حرام».. قال في «الفتاوى الصّغرى»: لا بد من النية، وعليه ما في «المحيط»؛ حيث قال: فإن نوى اليمين، أو لم ينو شيئاً.. كان يميناً وينصرف إلى الطعام والشراب، ولا تدخل فيه امرأته إلا بالنية استحساناً، هكذا قال محمّد.

وعن مشايخ بلخ: أنه تدخل امرأته بغير نية.

ثم على قول محمّد: إذا نوى امرأته حتى دخلت فيه.. لا يخرج الطعام والشراب من اليمين، فيحنث بأيّ ذلك وجد، وإذا تناول شيئاً من الطّعام والشراب.. حنث وانقضى حكم يمينه، حتى لو قرب امرأته بعد ذلك.. لا يحنث، ويستوي إن تناول شيئاً قليلاً أو كثيراً، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل هذا الطعام، وذلك الطّعام مما يستوفيه واحد.. لا يحنث ما لم يستوفِ جميع ذلك، وكذا لا يدخل اللباس إلّا بالنية، وإذا دخل.. لا يخرج الطعام والشراب.

وإذا نوى الطعام والشراب.. فهو على ما نوى.

ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله.. فهو طلاق ويمين.

* * *

(بَاب الْخُلْعِ)

هُوَ الْفَصْلُ عَنِ النِّكَاحِ.

وَقيل: أن تَفْتَدِيَ الْمَرْأَةُ نَفسَهَا بِمَالٍ ليخلعَها بِهِ.

(بَابُ الخُلْع)

والفرق بينه وبين الإيلاء: أنّ الإيلاء نشوز من قبل الزوج، والخلع نشوز من قبل المرأة، وأن الإيلاء [٤٥٢/أ] مجرّد عن المال، بخلاف الخلع، ولهذين المعنيين أخّره عن الإيلاء.

(هو) **في اللّغة**: النزع.

وفي الشّريعة: (**الفصل عن النكاح**)، وفيه إشارة إلى أن الخلع طلاق - كما هو عندنا - لا فسخ، على ما روي عن الشّافعي في قوله القديم.

لنا: قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، بقرينة أوله، على ما بيناه في «حاشيتنا على المرآة».

(**وقيل: أن تفتدي المرأة نفسها بمال ليخلعها به**)، أي: بالمال.

والأولى منها: ما عرّفه بعض مشايخنا: أنه إزالة ملك النكاح المتوقّفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو بما في معناه.

لأن الأوّل منقوض: بالمعنى اللّغوي؛ لأن الخلع بالضمّ قد يجيء في اللغة بمعنى الفصل عن النكاح، على ما في «القاموس».

والثاني منقوض بالطلاق على مال، وسيأتي الفرق بينهما.

وبما عري عن البدل مع أنه خلع أيضاً، على ما صرّح به في «الخلاصة» و«البزازية» وسنذكره أيضاً.

وفي «الخانية» نقلاً عن «المحيط»: إذا أمر الرجل امرأته بالخلع، فهو على أربعة أوجه:

إما أن يقول: اخلعي نفسك بألف درهم.

أو يقول: اخلعي نفسك بمال ولم يسمّه ولم يقدره.

أو يقول: اخلعي نفسك بغير شيء.

أو يقول: اخلعي نفسك ولم يزد على ذلك.

أما إذا قال اخلعي نفسك بألف درهم، أو على ألف درهم.. فخلعت نفسها على ذلك، ولم يقل الزوج بعد ذلك خلعت، هل يتم الخلع؟

فيه روايتان عن أصحابنا، والمختار: أنه يتم بناء على أن الواحد يتولى طرفي الخلع إذا كان البدل مقدّراً معلوماً، وتصير المرأة وكيلة من جانب الزوج.

وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك بمال ولم يقدر المال، أو قال: اختلعي بما شئت، فقالت: خلعت نفسي على كذا.. ففي ظاهر الرّواية لأصحابنا: لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج بعد ذلك خلعت.

وروى ابن سماعة عن محمّد: أنه يتم الخلع، وإن لم يقل الزوج بعد ذلك: خلعت، وكثير من مشايخنا أخذوا هذه الرّواية.

وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك بغير شيء، فقالت: خلعت.. يتم الخلع بقولها.

وأما إذا قال لها: اخلعي نفسك ولم يزد على هذا.. ذكر شيخ الإسلام: أنه يتم الخلع بقول المرأة: اختلعت، وحكي عن الإمام أبي بكر محمّد بن الفضل البخاري أنه كان يقول به.

وروي عن محمّد: أن هذا بمنزلة قوله: اخلعي نفسك بمال.

وروي عن أبي حنيفة: أنه بمنزلة قوله: اخلعي نفسك بغير شيء.

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف: أنه لا يكون خلعاً.

وروى ابن سماعة عن محمّد: إذا قال لها: اخلعي نفسك، فقالت: خلعت.. يقع طلاق بائن بغير بدل؛ كأنه قال لها: أبيني نفسك، وبه أخذ أكثر المشايخ. انتهى.

فظهر منه: أن الخلع يصحّ بغير بدل، لكن المنقول عن «التجريد»: أن مطلق لفظ الخلع محمول على الطلاق بعوض، حتى لو قال لغيره: اخلع امرأتي، فخلعها بغير عوض.. لم يصح. انتهى.

فعلم منه: أن الخلع صحيح بدون ذكر البدل.

وقال «قاضي خان»: لو قال لغيره: اخلع امرأتي.. ليس له أن يخلعها إلّا بمال.

ثم قال في «الخانية»: إذا سألت المرأة زوجها [٤٥٢/ب] أن يخلعها، فهو على أربعة أوجه أيضاً.

أما إذا قالت له: اخلعني على كذا سمت ألف درهم مثلاً فخلعها على ذلك.. يتم الخلع بقبول الزوج، ولا يحتاج إلى قبول المرأة اختلعت، أو قبلت، وهو المختار، ويصير الزوج وكيلاً عن المرأة بالاختلاع.

وأما إن قالت: اخلعني عن مال ولم تسمه ولم تقدره، فقال الزوج: خلعتها على كذا.. لا يتم الخلع بقول الزوج: خلعت، ما لم تقل المرأة: قبلت، أو اختلعتُ في ظاهر الرواية.

وعلى رواية ابن سماعة.. يتم، ومعنى قولنا: لا يتم الخلع على ظاهر الرّواية: أنه لا يجب بدل الخلع، وهل يقع الطلاق؟

اختلف المشايخ، فبعضهم قالوا: يقع، وبه كان يفتى المرغيناني، وبعضهم قالوا: لا يقع، وهو الأظهر والأشبه.

وأما إن قالت: اخلعني بغير مال، فقال الزوج: خلعت.. يقع الطلاق.

وأما إن قالت: اخلعني ولم تزد على هذا، فعلى ما ذكره شيخ الإسلام.. يقع الطّلاق بقول الزوج: خلعت.

وَلَا بَأْسَ بِهِ عِنْدَ الْحَاجةِ.

وَكُرِهَ لَهُ: أَخذُ شَيْءٍ إن نشزَ، ....

وعلى قياس ما حكي عن محمد بن الفضل فيما إذا أمر الزوج المرأة بالخلع.. يجب أن يكون في المسألة روايتان.

هذا، وقال في «البزازية»: قال لها: خلعتك، فقالت: قبلت.. لا يسقط شيء من المهر، ويقع الطلاق البائن بقوله؛ إذا نوى الطلاق، ولا دخل لقبولها، حتى إذا نوى الزوج الطّلاق ولم تقبل المرأة.. يقع البائن.

وإن قال: لم أرد به الطلاق.. لا يقع ويصدّق ديانةً وقضاءً، بخلاف قوله: خالعتك، فقالت: قبلت.. يقع الطّلاق، والبراءة للزوج إن كان عليه مهر، وإلا.. يجب رد ما ساق إليها من المهر. انتهى.

فظهر منه الفرق بين «خلعتك» و«خالعتك» من وجهين:

أحدهما: أن خلعتك، غير متوقف على قبول المرأة، بخلاف خالعتك.

والثاني: أنه لا يبرأ في الأوّل، ويبرأ في الثاني.

فعلم منه ما في عبارة بعض المشايخ من الخلل؛ فإن المتوقف على قبول المرأة لفظ المخالعة لا لفظ الخلع.

(**ولا بأس به**)، أي: بالخلع (**عند الحاجة**) بأن خافا أن لا يقيما حدود الله؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، أي: لا جناح على الرجل فيما أخذ، ولا على المرأة فيما أعطت.

(**وكره له: أخذ شيء إن نشز**) الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾؛ لأنه أوحشها بالاستبدال، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال، وهو المعنى في النهي عن الأخذ في النص.

وَأخذُ أَكثرَ مِمَّا أَعْطَاهَا إِن نَشَزَتْ.

وَالْوَاقِعُ بِهِ ....

(وأخذُ أكثر مما أعطاها إن نشزت) الزوجة، لما روي: أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى النبي ﷺ ناشزة، فقال ﷺ: «أتردّين إليه حديقته؟»، فقالت: وزيادة، فقال ﷺ: «أما الزيادة.. فلا».

والمراد: نفي إباحة أخذ الفضل.

فإن قيل: الظاهر منه نفي رد الزيادة، لا نفي الأخذ.

قلنا: إن الرد إذا كان غير مباح وهي ناشزة.. فكان الأخذ منه وهو غير ناشز: أولى أن لا يكون مباحاً، وإذا انتفى الإباحة.. كان مكروها.

وفي «العناية» عن «الجامع الصغير»: أنه طاب له أخذ الفضل أيضاً وإن نشزت هي؛ لإطلاق قوله تعالى: [٤٥٣/أ] ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾؛ فإنه لا يفصل بين الفضل وغيره.

قلنا: إنه ترك في حقّ إباحة أخذ الزيادة بما رويناه من قوله ﷺ: «أما الزيادة.. فلا»، فيبقى معمولاً به في إباحة أخذ ما أعطاها، وفي جواز أخذ الزيادة وإن كان مكروهاً.

ولهذا قالوا: ولو أخذ الزّيادة.. جاز في القضاء، وإن كره.

فإن قيل: إن الحديث خبر واحد.. فلا يعارض الكتاب.

قلنا: إن الكتاب معارض بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾، لا به، حتى عمل بأحدهما فيما إذا نشز الزوج، وبالآخر فيما إذا نشزت، والكتاب إذا كان معارضاً بالكتاب.. يجوز معارضته بخبر واحد بعده أيضاً، على ما في «الأصول».

(والواقع به)، أي: بالخلع سواء كان بلفظ الخلع، أو بلفظ البيع، أو بالمبارأة،

وبالطلاقِ على مَالٍ: بائنٌ.

وَيلْزمُ المَالُ الْمُسَمّى.

وسواء كان بعوض، أو بغير عوض، وسواء نوى الطّلاق به، أو لم ينو ولكنّه بشرط ذكر العوض، حتى لو قال: لم أعن الطلاق مع ذكر العوض.. لا يصدق قضاء ويصدّق ديانة، على ما صرّح به في «البحر»، ويشعره إطلاق الكتاب أيضاً.

وأما إذا لم يذكر العوض.. فهو من كنايات الطّلاق، فيتوقف على النية، أو مذاكرة الطلاق.

(والطلاق على مال)؛ مثل إن قال: أنت طالق بألف درهم، أو على ألف درهم فقبلت **(.. بائن)**.

لقوله ﷺ: «الخلع تطليقة بائنة».

ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من كنايات الطلاق، والواقع بالكناية بائن.

ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها، وذلك بالبينونة.

ولأنه معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد البدلين.. فتملك الزوجة البدل الآخر أيضاً وهو نفسها؛ تحقيقاً للمساواة بينهما.

وفيه إشارة إلى ردّ قول من قال: إن الخلع فسخ لا طلاق.

وفي «الخلاصة»: لو قضى بكون الخلع فسخاً:

قيل: ينفذ.

وقيل: لا.

وقيل: الظاهر أنه ينفذ؛ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه.

وإلى ردّ من قال: إن الواقع به طلاق رجعي.

(ويلزم المال المسمّى)؛ لأن هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاوضين وصلاحية المحلّ، والزوج يستبد بالطّلاق تنجيزاً وتعليقاً لا محالة، وقد علّقه

بقبولها، والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه، وإن لم يكن مالاً؛ كالقصاص، وبهذه الجملة حصلت أهليتها وصلاحية المحلّ.

قال في «الكنز»: ولزمها المال بضمير المؤنث، وعبارة المصنف أولى منه لشمولها؛ فإنه يلزم الفضولي لا المرأة.

قال في «الخلاصة»: لو أن رجلاً قال للزوج: اخلع امرأتك على عبدي هذا، أو داري هذه، أو ألفي هذا، فخلعها على هذا.. فالخلع جائز، ولا حاجة إلى قبول المرأة؛ لأن العاقد أجنبي.

ونظيره: صلح الأجنبي والمتبرع بقضاء الدّين عن إنسان.

ولو قال للزوج أجنبي: اخلعها على عبدي هذا، فقال الزوج خلعت.. تم الخلع من غير أن يقول المخاطب قبلت، وإذا تم الخلع بقبول الأجنبي.. لزمه عين البدل إن كان ممّا يتعين؛ فإن عجز عن تسليمه.. وجب تسليم مثله في [٤٥٣/ب] المثليّات، وتسليم القيمة في غير المثليّات؛ كما في قبول المرأة، هذا إذا أضاف الفضولي البدل إلى نفسه.

وأما لو جعله مرسلاً.. فالقبول والمال على المرأة؛ كما إذا قال رجل لآخر: اخلع امرأتك على هذا العبد، أو على هذه الدّار، أو على هذا الألف، فخلعها على ذلك.. فالقبول إلى المرأة، لا إلى الأجنبي؛ لأن البدل مرسل؛ كما إذا قال لغيره: بع عبدك من فلان بكذا.. توقف على قبول فلان إذا باع.

فإذا قبلت المرأة ذلك.. وجب عليها تسليم ما أشير إليه إن أمكن، وإلّا.. فمثله في المثليّات، وقيمته في القيميّات.

وأما لو قال أجنبي للزوج: اخلع امرأتك على عبد فلان.. فالقبول إلى فلان دون المرأة؛ لأنه أضاف المال إلى فلان، وخلع الزوج على ذلك، ألا ترى أن

وَمَا صَلُحَ مهْراً.. صلُحَ بَدَلاً لِلْخلعِ.

الأجنبي لو قال للزّوج: اخلع امرأتك على ألف درهم على أنّ فلاناً ضامن له، فقبل الزوج ذلك.. كان القبول في هذا على الضامن، لا على المخاطب، ولا على المرأة إن لم تكن المرأة مخاطبة في هذا.

وأما لو كانت مخاطبة فيه فقالت: اخلعني على ألف درهم، على أن فلاناً ضامن له، فخلعها.. كان واقعاً؛ فإن ضمن فلان المال.. أخذ الزوج أيّهما شاء: المرأة بحكم القبول، والفلان بحكم الضمان.

ولو لم يضمن فلان.. أخذت المرأة بالمال بحكم القبول؛ كما لو قالت المرأة لزوجها: اخلعني على دار فلان، أو على عبد فلان فخلعها.. فالخلع واقع بقبول المرأة، ولا حاجة إلى قبول فلان بعد ذلك؛ إن قدرت على تسليم ما أشير إليه بإجازة فلان.. سلمته إليه، وإلا.. فعليها تسليم المثل في المثلي، والقيمة في القيمي.

وكذلك لو قال لها الزوج: خلعتك على عبد فلان، أو دار فلان فقبلت المرأة.. صح.

ولو لم تقبل، وقبل فلان.. لم يصح؛ لأنه خاطب إلى المرأة لا إلى فلان.

ولو أن الزوج خاطب إلى صاحب العبد والدار والمرأة حاضرة، فقال له يا فلان؛ قد خلعت امرأتي بعبدك هذا.. فالقبول إلى صاحب العبد، ولا حاجة إلى قبول المرأة، كذا في «الخلاصة».

(**وما صَلُحَ مهراً صلح بدلاً للخلع**)، ولا ينعكس؛ لأن ما يصلح أن يكون عوضاً للمتقوم، وهو البضع حالة الدخول في الملك: أولى أن يصلح عوضاً لغير المتقوم، وهو البضع حالة الخروج، ولا عكس.

فإذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها، أو بطون جارتيها.. جاز وله ما في بطونها وقت الخلع دون ما حدث بعده.

ولو تزوج امرأته على ما في بطون غنمه.. وجب مهر المثل؛ لعدم صحة التسمية؛ لأن ما في البطن ليس بمال في الحال، وإن كان بعرضية أن يصير مالاً بالانفصال.

وكذا يصح الخلع بما دون العشرة، ولا يصلح مهراً.

والأصل ههنا: أن هذا في معنى التعليق بالشرط أو الإضافة، وأحد العوضين في باب النكاح - وهو منافع البضع - لا يحتمل التّعليق والإضافة.. فكذلك العوض الآخر.

وأما الخلع: فأحد العوضين فيه - وهو الطّلاق - يحتمل التعليق والإضافة.. فكذلك العوض الآخر، فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المال.

وإذا صحت التسمية.. [٤٥٤/أ] فله المسمّى إن وجد.

وإن لم يكن في بطونها شيء.. فلا شيء له؛ لأنها ما غرته؛ لأن ما في البطن قد يكون مالاً متقوماً، وقد يكون ريحاً وميتةً.

وفي «فتح القدير»: ويصح التّأجيل في بدل الخلع، ومع جهالة مستدركة؛ كالحصاد والدّياس، لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة، وحيث لا يصح التأجيل.. يجب المال حالاً، وهذا لأنه لمّا كان إسقاطاً حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية، وكان مما يجري فيه التّسامح.. فجاز المجهول، وإلى الأجل المجهول المستدرك الجهالة.

وعلى هذا الأصل: يجوز اختلاعها على زراعة أرضها، وركوب دابتها، وخدمتها على وجه لا يلزم الخلوة بها، أو خدمة أجنبي؛ لأن هذه تجوز مهراً. انتهى.

ثم ذكر أنه يتفرّع على كون البضع مالاً متقوماً حالة الدخول، وغير متقوم حالة الخروج، جواز تزويج الأب ابنه الصّغير على مال الصّغير، وعدم جواز خلع الأب

وَإِن بَطلَ الْعِوَضُ فِيهِ.. يَقع بائناً.

وَفِي الطَّلَاقِ يَقعُ رَجْعِياً بِلَا شَيْءٍ؛ ....

ابنته الصغيرة على مالها، ونفوذ تزويج المريض بمهر مثلها من جميع ماله، وكون خلع المريضة معتبراً من الثلاث.

(**وإن بطل العوض فيه**)، أي: في الخلع (.. **يقع بائناً**).

وقيل: رجعياً.

والأوّل أصح؛ لأنه لما بطل العوض.. بقي لفظ الخلع، وهو كناية، والواقع بالكنايات بائن سوى الثلاث المتقدمة.

فإن قيل: لو كان من الكنايات.. لاحتاجت إلى النية، وليس كذلك.

قلنا: ذكر المال أغنى عنها، حتى لو قال: لم أنو به الطلاق.. لم يصدّق قضاءً إن ذكر المال؛ سواء كان بلفظ الخلع، أو المبارأة، أو البيع، أو الطلاق.

وإن لم يذكر المال.. صدق في الخلع والمبارأة؛ لأنهما كنايتان لا بدّ لهما من النية، وما يقوم مقامها من مذاكرة الطّلاق، بخلاف البيع والطلاق؛ حيث لا يصدق فيهما وإن لم يذكر بدلاً؛ لكونهما قطعيين في زوال النكاح، على ما في «الكافي».

(**وفي الطلاق**) على مال (**يقع رجعياً**)؛ لأن الباقي فيه بعد بطلان العوض هو صريح الطّلاق، والواقع به رجعي على ما سبق.

وفي «فتح القدير»: وفي الطلاق يقع رجعّياً إن كانت مدخولاً بها وهي دون الثلاث، وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث، وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد. انتهى.

(**بلا شيء**) له عليها في الخلع، وفي الطلاق على مال؛ لأنها ما سمت مالاً متقوّماً حتى تصير غاية له.

وأما اشتراكهما في وقوع الطلاق بهما مع بطلان العوض.. فلأنه علّقها بقبولها وقد قبلت، وأما الافتراق بينهما بالبيونة والرجعة: فلما ذكرناه.

كَمَا إِذا خَالعهَا أَو طَلَّقهَا وَهُوَ مُسلمٌ على خمرٍ، أَو خِنْزِيرٍ، أَو ميتَةٍ.

أَو قَالَت: «خالعني على مَا فِي يَدي» وَلَا شَيْءَ فِي يَدِهَا.

(كما إذا خالعها أو طلقها وهو مسلم على خمر أو خنزير أو ميتة)، أو على طلاق ضرتها، وإلا.. فيه ما ذكرناه؛ ولأنه لا وجه لإيجاب المسمى للإسلام، على ما يشار إليه بقوله: وهو مسلم، ولا إلى إيجاب غيره؛ لعدم الالتزام، بخلاف ما إذا خالع على خلّ بعينه فظهر خمراً.. فإنه يلزم عليها ردّ المهر الّذي أخذته عند أبي حنيفة.

وعندهما: مثل ذلك القدر من خل وسط؛ لأنها سمت مالاً وغرته بذلك، فكانت ضامنة.

وبخلاف ما إذا كاتب، أو أعتق على خمر، أو خنزير [٤٥٤/ب] حيث تكون الكتابة فاسدة، وإن أداها.. عتق وعلى العبد قيمته؛ لأن ملك المولى في العبد متقوّم، وما رضي بزواله مجاناً، فلمّا لم يقدر على تسليم البدل؛ لعدم التقوم.. لزمه قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة.

أما ملك البضع في حالة الخروج.. فغير متقوّم، فلا يلزمها الشيء.

وبخلاف النكاح حيث صحّ ووجب مهر المثل، والخلع صحّ ولم يجب شيء؛ لأن البضع في حالة الدخول متقوّم، فلم يشرع تملكه بلا عوض؛ إظهاراً لشرفه.

وأما الإسقاط.. فيحصل به شرف البضع؛ للتخلّص عن ذلّة المملوكيّة، فلا حاجة فيه إلى إيجاب المال؛ إذ لم يجب إلّا لغرض تحصيل شرف البضع، وقد حصل بدونه.

(أو قالت: خالعني على ما في يدي، ولا شيء في يدها) لم يجب له عليها شيء؛ لأنها لم تغرّه بتسمية المال؛ لأن «ما» عامّةٌ تتناول المال وغيره، والمراد باليد هنا: اليد الحسيّ، لا بمعنى الملك.

وفي «البحر»: إنه لو قال: خالعتك على ما في يدي، ولا شيء في يده، فلا شيء له عليها أيضاً؛ إذ لا فرق بينه وبين مسألة الكتاب، فلو كان في يده جوهرة لها

وَإِن قَالَت: «على مَا فِي يَدي مِن دَرَاهِمَ» وَلَا شَيْء فِيهَا. لَزِمَهَا ثَلَاثَةُ دَرَاهِم.

وَإِن قَالَت: «من مَالٍ».. لَزِمَهَا ردُّ مهرِهَا.

فقبلت.. فهي له، وإن لم تكن علمت ذلك؛ لأنها قبلت على ذلك. انتهى.

وفي كلامه إشارة إلى هذا، وإلى ما في «الخلاصة» أيضاً، قال فيها: لو قالت: اخلعني على ما في يدي، أو في بيتي من شيء ولم يكن في يدها شيء.. لا شيء له عليها.

وعلّله في «فتح القدير» بأن الشيء يصدق على غير المال أيضاً. (**وإن قالت: على ما في يدي من دراهم، ولا شيء فيها.. لزمها ثلاثة دراهم**)؛ لأنها سمّت الجمع وأقلّه ثلاثة، وكلمة «مِن» للبيان دون التبعيض، فيجب الأقل المتيقن، كما لو أقرّ، أو أوصى بدراهم.

وإن كان في يده أكثر من ثلاثة دراهم.. فله ذلك؛ لصحة إطلاق الجمع عليه.

وإن كان في يدها أقل من ثلاثة دراهم.. تممت له الثلاثة، على ما في «الحاوي القدسي».

(**وإن قالت: من مال.. لزمها ردّ مهرها**)؛ لأنها لمّا سمّت مالاً.. لم يكن الزوج راضياً بالزوال مجاناً، ولا وجه إلى إيجاب المسمّى وقيمته للجهالة، ولا إلى قيمة البضع، أعني: مهر المثل؛ لأن البضع غير متقوّم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعاً للضرر عنه.

وفي «الخلاصة»: رجل خلع امرأته بما لها عليه من المهر؛ ظنّاً منه أنّ لها عليه بقية المهر، ثم تذكر أنه لم يبق لها عليه شيء من المهر.. وقع الطّلاق عليها بمهرها، فيجب عليها أن تردّ المهر إن قبضت، وإلّا.. برأ الزّوج؛ أما إذا علم أن لا مهر لها عليه بأن وهبت.. صح الخلع، ولا ترد على الزوج شيئاً؛ كما إذا خلعها على ما في هذا البيت من المتاع، وعلم أنه لا متاع في هذا البيت.

وَإِن خَالعهَا على عَبدِهَا الْآبِقِ على أَنَّهَا بريئَةٌ من ضَمَانِهِ.. لَا تبرأُ، ولزمها تَسْلِيمُهُ إِن أَمكنَ، وإِلاّ.. فَقيمتُهُ.

وَلَو قَالَت: «طَلِّقنِي ثَلَاثاً بِأَلفٍ» فَطلَّق وَاحِدَةً.. فَلهُ ثُلُثُ الْألفِ وَبَانَتْ.

وَفِي «على ألفٍ».. يَقعُ رَجْعِيّاً بِلَا شَيْءٍ.

وَعِنْدَهُمَا: كالباء.

(**وإن خالعها على عبدها الآبق على أنها بريئة من ضمانه لا تبرأ، ولزمها تسليمه إن أمكن، وإلا.. قيمته**)؛ لأنه عقد المعاوضة، فيقتضي سلامة العوض، فيكون اشتراط البراءة شرطاً فاسداً فيبطل.

إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة، وكذا الحكم فيما إذا تزوج امرأة على عبد آبق أنه بريء من ضمانه.. لم يبرأ، وعليه تسليم عينه إن أمكن، وإلّا.. قيمته والشرط فاسد.

فإن قيل: سلّمنا أنّ العقد [٤٥٥/أ] لا يبطل بفساد هذا الشرط، لكن ينبغي أن تفسد التسمية؛ لعدم وجوب تسليم المسمّى، وإذا فسدت.. رجع الزوج عليها في الخلع بما ساق إليها من المهر؛ كما إذا اختلعت منه على دابةٍ.

أجيب: بأن العقد إذا كان صحيحاً.. كان ما يناقضه من الشرط ساقطاً، والسّاقط لا يؤثّر في فساد شيء، والتسمية إنما فسدت فيما إذا اختلعت على دابّة؛ للجهالة الفاحشة.

(**ولو قالت: «طلّقتني ثلاثاً بألف» فطلّق واحدة.. فله ثلاث الألف**) بالاتفاق؛ لأن «الباء» تدخل على الأعواض، والأعواض يقسم المعوض.

(**وبانت**)؛ لوجوب المال.

(**وفي: «على ألف».. يقع رجعيّاً بلا شيء**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: كالباء**)؛ لأن الطلاق على المال معاوضة من جانب المرأة، ولهذا كان الرجوع قبل كلام الزوج، وكلمة «على» تحتمل معنى الباء، فيحمل عليها في

وَلَو قَالَ لَهَا: «طَلِّقِي نَفسَكِ ثَلَاثاً بِأَلِفٍ، أَو على أَلِفٍ» فَطلَّقت وَاحِدَةً.. لَا يَقعُ شَيْءٌ.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلِفٍ، أَو على أَلِفٍ» فَقبِلَتْ.. بَانَتْ ولزِمَها المَالُ.

المعاوضات، فيجب ثلث الألف ويقع بائناً، لما ذكرناه.

ولأبي حنيفة: أنّ كلمة «على» للشرط عنده، مجازاً، أو حقيقةً، على ما في «الأصول»، فلا يجب شيء؛ لأن أجزاء الشّرط لا تنقسم على أجزاء المشروط؛ فإذا لم يجب شيء.. يقع رجعيّاً.

وتحقيق ذلك: أن ثبوت العوض مع المعوض من باب المقابلة حتى يثبت كل جزء من هذا في مقابلة من ذلك، ويمتنع تقدم أحدهما على الآخر بمنزلة المتضايفين، وثبوت الشرط والمشروط بطريق المعاقبة ضرورة توقف المشروط على الشرط بلا عكس، فلو انقسم أجزاء الشرط على أجزاء المشروط.. لزم تقدّم جزء من المشروط على الشرط، فلا تتحقق المعاقبة.

وذكر في «الخلاصة» عن «الأصل»: أن مطلقة الثنتين إذا قالت لزوجها: طلّقني ثلاثاً على ألف درهم، فطلقها واحدة.. له عليها الألف؛ فإنه كل ما يملك. انتهى.

فعلم منه أن قول أبي حنيفة في غير مطلقة الثنتين.

(**ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً بألف أو على ألف، فطلقت واحدة.. لا يقع شيء**)؛ لأنه لم يرض بالبينونة إلّا بسلامة الألف كلها، بخلاف قولها له: طلّقني ثلاثاً بألف؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف.. كانت ببعضها أولى.

(**ولو قال: أنت طالق بألف أو على ألف، فقبلت.. بانت ولزمها المال**).

ولا بد من القبول في المجلس في الوجهين؛ لأن معنى قوله: بألف: بعوض؛ يجب لي عليك، ومعنى قوله على ألف: على شرط ألف يكون لي عليك، عند أبي حنيفة.

وَإِنْ قَالَ: «أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكِ أَلفٌ» أَو قَالَ لعَبْدِهِ: «أَنْت حرٌّ وَعَلَيْكَ أَلفٌ».. طلُقَتْ وَعتقَ مجَّاناً وَإِن لم يَقبلا.

وَعِنْدَهُمَا: لَا مَا لم يقبلا.

وَإِذا قبلا.. لزمَ المَالُ.

وعندهما: لا فرق بين «الباء» و«على» في كونهما للعوض، والعوض لا يجب بدون قبوله، فلا بدّ منه، والمعلّق بالشّرط لا ينزل قبل وجوده بكون الألف عليها، وكونها عليها: إنما يكون بالقبول، فلا بدّ منه أيضاً؛ فإذا قبلت في المجلس.. وقع الطّلاق ووجب عليها الألف.

ووجه كونه بائناً ولزوم المال: ذكرناه عند قوله: «والواقع به وبالطلاق على مال بائنٌ» ويلزم المسمى.

(**وإن قال: أنت طالق وعليك ألف، أو قال لعبده: أنت حرّ وعليك ألف.. طلقت وعتق مجّانا، وإن**) - وصلية - (**لم يقبلا**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا ما لم يقبلا، وإذا قبلا.. لزم المال**)؛ لأن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة؛ فإن قولهم: أحمل هذا المتاع ولك درهم، بمنزلة قولهم: بدرهم.

وكذا قولهم بعت هذا [٤٥٥/ب] منك ولك درهم، والخلع معاوضة، فتحمل «الواو» على معنى «الباء».

ولأبي حنيفة: أنه جملة تامّة، فلا ترتبط بما قبله إلّا بدلالة؛ إذ الأصل فيها الاستقلال، ولا دلالة؛ لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال، بل عادة الكرام فيها الامتناع عن قبول عوض، بخلاف البيع والإجارة؛ لأنهما لا يوجدان بدون المال؛ لكونها معاوضة محضة.

فإن قيل: إن هذا منقوض بما في «الخلاصة»: رجل قال لامرأته: بعت منك تطليقة، فقالت: اشتريت.. يقع مجّاناً رجعيّاً.

قلت: ممنوع؛ لأنه فيما إذا لم يذكر المال، وأما إذا ذكر معه المال.. فالطلاق

وَالْخُلْعُ: مُعَاوضَةٌ فِي حَقّهَا، فَيصحُّ رُجُوعهَا قبلَ قَبُولِهِ بَعْدَمَا أَوجَبَتْ، وَشرطُ الْخِيَارِ لَهَا، وَيبْطلُ بِالْقيامِ عَنِ الْمجْلِسِ قبلَ قَبُولِهِ.

وَيَمِينٌ فِي حَقّهِ، فَلَا يرجعُ بَعْدَمَا أوجبَ، وَلَا يَصحُّ شَرطُ الْخِيَارِ لَهُ، ....

بائن ويلزمها المال المذكور، على ما نقل عن أبي القاسم الصفار، على أن كونه رجعياً عند عدم ذكر المال ليس باتفاقي، بل قول أبي بكر الإسكاف وأتباعه.

وعند غيرهم: الطلاق بائن ويلزمها ردّ المهر على ما في «الخلاصة»، وعليه ما في «المحيط»: لو قال: بعت منك نفسك، فقالت: اشتريت بدون ذكر المال.. يقع بائناً.

(**والخلع معاوضة في حقّها**)؛ لأن اللازم من جهتها المال، (**فيصح رجوعها قبل قبوله بعدما أوجبت**) المرأة، وذلك بأن ابتدأت المرأة بالخلع، ثم رجعت قبل قبول الزّوج.. فإنه يصح رجوعها، علم الزوج رجوعها، أو لم يعلم على ما في «الخلاصة».

(و) يصح أيضاً (**شرط الخيار لها**)؛ سواء كان الإيجاب من طرف الزّوج بأن قال: طلقتك وخالعتك على مال كذا، على أنك بالخيار ثلاثة أيّام، أو من طرف المرأة بأن اختلعت وشرط الخيار لنفسها؛ لكونه معاوضة مالية في حقها، هذا في قول أبي حنيفة:

وعندهما: لا يصح، على ما صرّح به في «الخلاصة».

(**ويبطل بالقيام**)، أي: بقيام أيّهما كان على ما في «الخلاصة»؛ حيث قال: ويبطل كلام المرأة بقيام أيهما كان.

(**عن المجلس قبل قبوله**) اعتباراً بسائر المعاوضات.

(**ويمين في حقّه**)، أي: في حق الزوج؛ لأن حاصله تعليق الطّلاق بقبولها، (**فلا يرجع**) أي: الزوج (**بعدما أوجب**) بأن كان ابتداء الخلع من جانبه.

(**ولا يصح شرط الخيار له**)، أي: بالإجماع؛ كما لا يصح في سائر الأيمان.

وَلَا يبطلُ بِالْقيامِ عَنِ الْمجْلِسِ قبل قَبُولهَا.

وجانبُ العَبْدِ فِي الْعتْقِ على مَالٍ كجانِبها.

(**ولا يبطل بالقيام**)، أي: بقيامها (**عن المجلس قبل قبولها**) اعتباراً بالأيمان، بل يصح إن قبلت بعد المجلس، ولم يتوقف على حضورها في المجلس؛ كما لا يتوقف اليمين، بل إنما يتوقف على علمها.

والطلاق على مال؛ كالخلع من جانبين في هذه الأحكام كلها.

(**وجانب العبد في العتق على مال كجانبها**)، حتى صح اشتراط الخيار للعبد دون المولى؛ لأنه معاوضة في حق العبد، ويمين في حق المولى.

واعلم أنه يبتنى على كون الخلع يميناً في حق الزوج مسائل:

منها: ما في «النوازل»: رجل قال لامرأته: كل امرأة أتزوّجها فقد بعت طلاقها منك بدرهم، ثم تزوّج امرأة.. فالقبول إليها بعد التزوج في المجلس؛ كما إذا تخالعا.

ومنها: ما في «الأصل»: إذا قال الرجل لامرأته: خلعتك على ألف درهم، أو نازعتك، أو طلقتك بألف درهم.. فالقبول إليها في مجلسها.

ومنها: ما في «التجريد» و«الزيادات» لو قال الزوج لها: إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم.. فالقبول إليها بعد مجيء الغد، وكذا لو قال لها: خلعتك إن دخلت الدّار.. فالقبول عند [٤٥٦/أ] دخول الدّار، كذا في «الخلاصة».

ثم ذكر في قبيل الفصل الرابع: أنه لو قال لامرأته: إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق.. لم تطلق إلا بالأداء في المجلس.

ولو قال لها: إذا أعطيتني، أو متى أعطيتني.. لا حاجة إلى الأداء في المجلس، بل متى أعطى المسمّى.. يقع الطّلاق.

ولو قال: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم.. طلقت بالقبول، ولا يشترط الأداء بالفعل.

ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق بغير خسران.. يشترط القبول بعد

وَلَو قَالَ لَهَا: «طَلَّقتُكِ أمسِ بِأَلِفٍ فَلم تقبلي»، فَقَالَت: «بل قبلتُ».. فَالْقَوْلُ لَهُ.

وَلَو قَالَ البائعُ كَذَلِك.. فَالْقَوْلُ للْمُشْتَرِي.

دخول الدار، والخلع بغير الخسران: أن يكون بالمهر.

ثم اعلم أنهم ذكروا ههنا: أنه لا يصحّ تعليق المرأة للخلع؛ لكونه معاوضة من جانبها، قال في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية»: وكلام المرأة والعبد لا يقبل التعليق والإضافة إلى زمان مستقبل.

ثم قال في «الخلاصة»: ولا يصحّ تعليقها بالشرط، ولا إضافتها إلى وقت مستقبل؛ لكونه معاوضة وقبولاً من جانبها.

وقال في «التاتارخانية» نقلاً عن «المحيط»: ويصح تعليق الزوج للخلع والإضافة إلى الأوقات؛ نحو أن يقول: إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف درهم، وإذا قدم فلان فقد خالعتك.. كان القبول إليها بعد مجيء الوقت وقدوم فلان، ولا يجوز تعليقه من المرأة بشرط، ولا إضافة إلى وقت.

وقال في «فتح القدير» نقلاً عن «الكافي» للحاكم الشهيد: إنها لو قالت لزوجها: إن طلّقتني ثلاثاً فلك علي ألف درهم؛ فإن قبل في المجلس.. فله الألف، وإن قبله بعده.. فلا شيء له. انتهى.

ولا يخفى عليك أنّ هذا تعليق منها له بصريح الشرط، فعلم منه أن المسألة خلافيّة.

(**ولو قال لها: طلقتك أمس بألف، فلم تقبلي، فقالت، بل قبلت.. فالقول له**)، أي: مع يمينه على ما في «البحر» عن «العمادي».

(**ولو قال البائع كذلك**)، أي: قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس، فلم تقبل، فقال: قبلت (.. **فالقول للمشتري**).

والفرق: أن الطّلاق بالمال يمين من جانبه، فالإقرار به لا يكون إقراراً بالشرط؛ لصحته بدونه.

وأما البيع.. فلا يتم إلّا بالقبول، حتى يملك الرجوع فيه قبل القبول، فالإقرار بالبيع: إقرار بما لا يتم إلّا به، فإنكاره القبول رجوع منه عن الإقرار، فلا يسمع، ولا يصدق، حتى لو قال لها: بعتك طلاقك أمس، فلم تقبلي، فقالت: قبلت.. كان القول قولها؛ كما في بيع العروض.

وكذا لو قال لعبده: بعتك نفسك بألف، فلم تقبل، وقال العبد: قبلت.. كان القول للعبد.

ولو قال: أعتقتك أمس على ألف، فلم تقبل، وقال العبد: قبلت.. كان القول قول المولى، كذا في «الكفاية».

وقال في «فتح القدير»: ولهذه المسألة أخوات في كتب محمد، هي:

أن الزوج قال لها: طلقتك واحدة بألف فقبلتِ، فقالت: إنما سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة، فلك ثلثها.. فالقول للمرأة مع يمينها؛ فإن أقاما البينة.. فالبينة بينة الزّوج.

وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع.

أو قالت: اختلعت بغير شيء.. فالقول قولها، والبينة بينة الزوج.

أما إذا اتفقا على أنها سألته أن يطلّقها ثلاثاً بألف، وقالت هي: طلقتني واحدة، وقال [٤٥٦/ب] هو: ثلاثاً.. فالقول قوله إن كانا في المجلس.

ألا ترى أنه لو قال لها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤالها الثلاث بألف.. كان له الألف، فغاية هذا: أن يكون موقعاً الباقي في المجلس فيكون مثله.

وإن كان غير ذلك المجلس.. لزمها الثلاث.

والمبارأةُ كالخُلعِ.

وإن كانت في العدة.. فمن المتفق عليه، ولا يكون للزوج إلا ثلث الألف.

وإن قالت: سألتك إن تطلقني ثلاثاً على ألف وطلقتني واحدة.. فلا شيء لك، يعني: على قول أبي حنيفة في كلمة «على»، وقال هو: بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكيها، فالقول قولها على قول أبي حنيفة.

وإن قالت: سألتك ثلاثاً فطلقتني في المجلس واحدة والباقي في غيره، وقال: بل الثلاث فيه.. فالقول لها.

وإن قالت: سألتك أن تطلقني وضرتي على ألف، فطلقتني وحدي، وقال: طلقتها معك، وقد افترقا عن ذلك المجلس.. فالقول لها وعليها حصّتها من الألف، والأخرى طالق بإقراره.

وكذا إذا قالت: فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس. انتهى.

وكذا في «البحر» عن «الكافي».

(والمبارأة)، هي: بفتح الهمزة مفاعلة من برأ شريكه إذا أبرأ كل منهما صاحبه، وتركُ الهمزة خطأ، كذا في «المغرب» وهي أن يقول: بارأتك على ألف فتقبل، كذا في «فتح القدير».

وقال في «شرح الوقاية»: هي أن يقول: برأت من نكاحك بكذا، والفرق بينهما: أنه صرَّح في الثاني وقوع البينونة دون الأوّل.

(كالخلع)، أي: في وقوع البينونة بها، وقد صرح في «الخانية» و«الخلاصة» و«البزازية»: وقوع البينونة بها بدون النية.

وقال في «البزازية»: نية الطلاق في الخلع والمبارأة شرط الصحة، إلا أن المشايخ لم يشترطوها في الخلع؛ لغلبة الاستعمال فيه، ولأن الغالب كون الخلع بعد مذاكرة الطلاق، فلو كانت المبارأة أيضاً كذلك.. لا حاجة فيها إلى النية وإن كان من الكنايات على الأصل. انتهى.

وَيُسْقطُ كلُّ مِنْهُمَا كلَّ حقٍّ لكلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ على الآخرِ مِمَّا يتَعَلَّق بِالنِّكَاحِ، فَلَا تطالبُ هِيَ بِمهْرٍ وَلَا نَفَقَةٍ مَاضِيَةٍ مَفْرُوضَةٍ.

كذا في «البحر».

(ويسقط كلّ منهما كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) قيده به؛ لأنه لا يسقط ما لا يتعلق بالنكاح؛ كالقرض وثمن ما اشترت من الزوج، وغيره مما على الزوج من الدين سوى المهر.. فإنه لا تقع البراءة عنه في الخلع.

والمبارأة بدون الشرط، في ظاهر الرّواية عن أبي حنيفة، وفي رواية الحسن عنه: تقع البراءة عنه بدون الشّرط، على ما صرّح به في «الخانية» بعلامة «المحيط».

والمراد بالنكاح: القائم حين الخلع لا مطلقاً؛ لما في «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»: رجل تزوج امرأة على مهر مسمّى، ثم طلّقها طلاقاً بائناً، ثم تزوّجها ثانياً على مهر آخر، ثم اختلعت مع زوجها على مهرها.. برئ الزوج عن المهر الثاني دون الأوّل. انتهى.

ثم إنهما لا يسقطان كل ما يتعلق بالنكاح من الحقوق، بل يسقطان بعضه، فلهذا فرع عليه قوله: **(فلا تطالب هي بمهر، ولا نفقة ماضية مفروضة)**، بخلاف نفقة العدّة والسكنى؛ فإنهما لا تسقطان بالخلع والمبارأة، وإن كانا من حقوق النكاح، بل للمختلعة نفقة العدّة والسكنى في العدّة وإن خلعها بكل حق عليه، إلّا إن اختلعت على نفقة العدة.. فتسقط بالشرط [٤٥٧/أ]، إلا إن ظهر حملها بعده.. فإنها يفرض لها النفقة؛ كما صرّح في «نقد المسائل»؛ حيث قال: سئل ما قولكم في شخص خلع زوجته على مهرها وعلى نفقتها، ثم بعد ذلك ذكرت أنها حامل وطلبت أن يفرض لها نفقة، فهل يقبل قولها ويفرض لها القاضي النفقة، أم لا؟

أجاب: نعم يقبل قولها في ذلك، ويفرض لها القاضي النفقة.

وفي «فتاوى الأنقروي»: رجل خالع امرأته على مهرها ونفقة عدّتها، ثم ظهر

أنها حامل، ليس لها أن تطالب الزوج بمؤنة الحمل، تحقيقيه: أنها لو خالعت مع زوجها على زعم أن عدّتها مع الحيض، ثم ظهر حملها من زوجها.. يلزمها نفقة العدّة، ولا تسقط بالخلع على نفقة العدّة، وأما لو خالعت على نفقة عدتها وحملُها من زوجها ظاهر وقت الخلع، وقد خالعت على نفقة عدّتها.. فإنها تسقط بالخلع عليها؛ فإن عدتها حينئذ وضع الحمل لا بالحيض.

وأما السّكنى: فقال في «فتح القدير»: إنه لا يسقط بهما وإن شرط؛ لأنه حق الشرع.

وقال في «الخانية» نقلاً عن «الولوالجية»: إن كان الزوج اشترط عليها البراءة عن النفقة والسّكنى.. برئ عن النفقة، ولا يبرأ عن السكنى؛ لأن السكنى في بيته لحقّ الشرع، لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾، فلا يصح إسقاطها.

وقال في «الزيلعي»: ولا يصح للزوج إبراؤها عن السكنى؛ لأن خروجها معصية، ولو أبرأه عن مؤنة السكنى بأن التزمتها أو سكنت ملكها.. صح مشروطاً في الخلع؛ لأنه خالص حقّها.

وفي «الخلاصة»: لو اختلعت على أن لا سكنى لها.. لا يصحّ.

ولو اختلعت على أن مؤنة السكنى عليها بأن تكتري بيتاً تعتد فيه.. صحّ.

فعلم منه أن الإبراء عن السكنى لا يصح عن الزوج، ويصح عن المرأة.

وأما نفقة الولد وهي مؤنة الإرضاع.. ففي «الخلاصة» و«البزازية»: لا تقع البراءة عنها إن لم يشترط في الخلع والمبارأة بالإجماع، وإن شرط إن وقّت لذلك وقتاً سنة، ونحوها.. جاز، وإن لم يوقت.. لا يجوز، ولا تقع البراءة عنها.

ثم إذا وقّت وقتاً.. جاز؛ فإن مات الولد قبل تمام الوقت.. كان للزوج أن يرجع عليها بحصته إلى تمام المدة؛ فإن أرادت المرأة أن لا يرجع عليها.. فالحيلة في ذلك

وَلَا هُوَ بنفقةٍ عجَّلها وَلم تمضِ مدَّتُهَا، وَلَا بِمهْرٍ سلَّمَهُ وخَلَعَ قبلَ الدُّخُولِ.

أن يقول الزوج: خالعتك على أني بريء من نفقة الولد إلى سنتين؛ فإن مات الولد قبل تمام المدة، فلا سبيل لي عليك، كذا في «الخانية».

وقال في «الخلاصة» و«البزازية»: اختلعت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين، أو عشر سنين بنفقتها.. صحّ الخلع ويجبر على ذلك.

وإن كان مجهولاً؛ فإن تركته على زوجها وهربت.. فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها، ولها أن تطالبه بكسوة الصبي.

وأما إذ اختلعت على إمساك الولد بنفقتها وكسوتها.. ليس لها أن تطالبه بالكسوة وإن كانت الكسوة مجهولة، سواء كان الولد رضيعاً، أو فطيماً، وإنما يصحّ الخلع على إمساك الولد إذا بيّن المدة، وإن لم يبين المدة.. لا يصح سواء كان الولد رضيعاً، أو فطيماً.

وفي «المنتقى» إن كان الولد رضيعاً.. صح وإن لم تبين المدّة [٤٥٧/ب]، وترضع حولين.

وفي «الحاوي القدسي»: إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها الصغير عند الزوج.. فالشرط باطل؛ لأن هذا حقّ الولد، وحقّ الولد أن يكون عند أمّه ما دام محتاجاً إليها، وكذا شرط الزوج كون الولد عندها بعد انقطاع حق الحضانة: باطل.

(ولا هو)، أي: الزوج (بنفقة عجّلها ولم تمض مدّتها)؛ لأنها لو مضت مدّتها.. لا يطالبها بها مطلقاً.

(ولا بمهر سلّمه)، أي: سلّمه إلى الزوجة قبل أن يخالعها.

(وخلع قبل الدخول)، بخلاف ما إذا خالعها بعد الدخول على ما سيظهر لك تفصيله.

واعلم أن هذا قول أبي حنيفة.

وجملة الخلع على قوله أربعة أنواع: لأنه؛ إما إن خلعها بلا ذكر عوض أصلاً، أو خلعها على مهرها، أو على بعض مهرها، أو على مال آخر سوى المهر ولم يذكر المهر.

• **ففي الأوّل:** يبرأ كلّ واحد منهما عن صاحبه، ويقع الطلاق ويبرأ الزوج عن المهر إن كان عليه مهر، والأوجب عليها: ردّ ما ساق إليها من المهر؛ لأن المال مذكور عرفاً بذكر الخلع، فحيث لم يصرّح به.. لزم ما هو من حقوق النكاح، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وقال في «الزيلعي» و«فتح القدير»: يبرأ كلّ منهما عن حقّ الآخر ممّا لزم بالنكاح قبل الدخول وبعده، كان المهر مقبوضاً، أو لا، حتى لا يجب عليها ردّ ما قبضت لو كان قبل الدخول. انتهى.

فما في «الخلاصة» و«البزازية» من وجوب ردّ ما ساق إليها: فيما إذا كان بعد الدخول، وهذا في رواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح على ما في «الخلاصة» عزواً إلى الإمام خواهرزاده. وفي رواية أخرى عنه، وهو قولهما أنّه لا يبرأ أحدهما عن صَاحِبه، ولا يسقط شيء من المهر ومن نفقة العدّة والولد إلّا بالذكر، وأما مؤنة السّكنى.. فعلى ما ذكرناه من التفصيل.

• **وأما النوع الثاني:**

- فإن خلعها بعد الدّخول بها:

* فإن لم يكن المهر مقبوضاً.. سقط كل المهر.

* وإن كان مقبوضاً.. رجع عليها بجميع المهر، عند أصحابنا الثلاث.

- وإن خلعها قبل الدخول:

* إن كان المهر مقبوضاً.. وهو ألف درهم.. لا يرجع عليها إلّا بألف استحساناً.

---

* وإن لم يكن مقبوضاً.. سقط عنه كل المهر، ولا يرجع عليها بشيء استحساناً.

وفي القياس: يرجع عليها في الأول بألف وخمس مائة، وفي الثاني: يرجع عليها بخمس مائة؛ لكون الطّلاق قبل الدخول، كذا في «الخانية».

- **وأما النوع الثالث**: فإن خلعها على عشر مهرها ومهرها ألف:

- فإن كان بعد الدخول، والمهر مقبوض.. رجع عليها بمائة درهم وسلم الباقي لها في قولهم.

* وإن لم يكن المهر مقبوضاً.. سقط عنه كل المهر، عند أبي حنيفة: العشر بحكم الشرط، والباقي بمقتضى لفظ الخلع. وعندهما: لا يسقط إلا عشر المهر.

ـ وإن كان قبل الدخول، والمهر كله مقبوض.. يرجع عليها بخمسين درهماً استحساناً؛ لأن ذلك عشر مهرها قبل الدخول وبرأت عن الباقي بالخلع.

وفي القياس: يرجع ست مائة يدل الخلع، وخمس مائة بالطلاق قبل الدخول.

* وإن لم يكن مقبوضاً.. سقط كل المهر عند أبي حنيفة: العشر بحكم الشرط والنصف بالطلاق قبل الدخول، [٤٥٨/أ] والباقي بالخلع.

- **وأما النّوع الرّابع**:

- فإن خلعها بد الدّخول، والمهر مقبوض.. لا يرجع عليها بشيء إلّا ببدل الخلع في قولهم، ويسقط عنه جميع المهر خلافاً لهما.

- وإن خلعها قبل الدخول، والمهر مقبوض.. يرجع عليها ببدل الخلع، ولا يسترد شيئاً من المهر بسبب الطّلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يرجع الزوج عليها بالبدل ونصف المهر.

* وإن لم يكن المهر مقبوضاً:

* فعند أبي حنيفة: لا ترجع المرأة عليه بشيء من المهر.

* وعند صاحبيه: ترجع عليه بنصف المهر، كذا في «قاضي خان»، كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وقال في «الخانية»: إن النوع الرابع مشتمل على ستة وجوه:

الأول: أن يسمّي في الخلع شيئاً لا قيمة له أصلاً؛ نحو الخمر والخنزير والميتة، وتقدم في الكتاب بيان هذا.

الوجه الثاني: أن يسمّي في الخلع ما يحتمل أن يكون مالاً، وأن لا يكون مالاً بأن اختلعت على ما في بيتها، أو على ما في يدها من شيء؛ فإن في بيتها، أو يدها في تلك السّاعة شيء.. فذلك للزوج، وإلا.. فلا شيء له عليها، وقد تقدم هذا أيضاً.

ومن هذا الوجه: ما إذا اختلعت على ما في بطون غنمها، أو جاريتها ولم ينص على الولد؛ فإن كان في البطن ولد.. فهو له، وإلا.. يقع بلا شيء.

الثالث: إذا سمت في الخلع ما هو مال إلا أنه ليس بموجود في الحال بأن اختلعت بما يثمر نخلها العام، أو على ما يلدها غنمها العام، أو على ما تكتسب العام.. فعليها رد ما قبضت من المهر، وجد ذلك أم لا، وإليه رجع أبو يوسف عن القول: إن أثمرت نخلها.. فله ذلك، وإلا.. جاز الخلع بلا شيء.

الرابع: إذا سمت مالاً لا يتعلق وجوده بزمان، إلا أنه مجهول.. لا يوقف على قدره، بأن اختلعت على ما في يده من المتاع، أو على ما في نخلها من الثمار، أو على ما في بطون غنمها من الولد؛ فإن كان هنا ما سمت في الخلع.. فهو للزوج.

الخامس: إذا سمت في الخلع مالاً معلوم المقدار، بأن اختلعت على ما في يدها من دراهم، أو دنانير، أو فلوس؛ فإن كان في يدها ثلاثة دراهم فصاعداً.. فللزوج ذلك، وإن لم يكن في يدها شيء من ذلك.. فله ثلاثة؛ وزناً من الدراهم والدنانير وعدداً من الفلوس.

وإن كان في يدها درهم، أو درهمان.. فلها إتمام الثلاثة.

وَعند مُحَمَّدٍ: لَا يسْقطُ إِلّا مَا سمَّياهُ فيهمَا.

وَأَبُو يُوسُفَ مَعَ الإِمَامِ فِي المباراْةِ، وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي الْخُلْع.

السادس: إذا سمت في الخلع ما هو مال، أو أشارت إلى ما ليس بمهر، بأن اختلعت على هذا الدن من الخل، فإذا هو خمر؛ فإن علم الزوج كونه خمراً.. فلا شيء له، وإلا.. رجع عليها بالمهر الذي أعطاها عند أبي حنيفة، وعندهما: له مثل ذلك الدن من الخل. انتهى.

(**وعند محمّد: لا يسقط إلا ما سمّياه فيهما**)، أي: في الخلع والمبارأة.

(**وأبو يوسف مع الإمام في المبارأة، ومع محمد في الخلع**).

له: أن كُلّاً منهما معاوضة، وفي المعاوضات يعتبر المشروط المسمّى لا غير؛ كالطلاق على مال، والإبانة بعوض، ولهذا لا يسقط بالخلع والمبارأة ما لا يتعلق بالنكاح من الدّيون، ولا نفقة العدّة بدون التسمية، ولأبي يوسف: إن المبارأة: مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين، وإنها مطلقة فقيدناها بحقوق النكاح [٤٥٨/ب]؛ لأن الغرض منها قطع المنازعة النّاشئة من النكاح بينهما.

وأما الخلع.. فمقتضاه الانخلاع، وقد حصل فيه نقض النكاح، فلا ضرورة إلى انقطاع الحقوق والأحكام بدون التسمية.

ولأبي حنيفة: أن الخلع ينبئ عن الفصل، وهو لا يكون إلا عن وصل، ولا وصل إلّا بالنكاح وحقوقه، وقد صدر مطلقاً من غير قيد بالنكاح.. فيعمل بإطلاقه؛ كما في المبارأة قولاً بكمال الفصل، وليس في لفظ الطلاق والإبانة ما يدل على إسقاط الحقوق سوى المال المسمى، حتى يسقط به، مع أنه ممنوع في رواية الحسن عن أبي حنيفة، إذا كان الطلاق على مال؛ فإنه روي عنه: أن الطلاق على مال: كالخلع، يسقط به ما يسقط بالخلع من الحقوق.

ولكن الصحيح: أن الطلاق على مال لا يوجب البراءة وإسقاط الحق على ما في «الخلاصة».

وَلَو خلعَ صغيرتَهُ مِن زَوجهَا بمالها.. لَا يلْزمُ المَالُ وَلَا يسْقطُ مهرُهَا، وَطلقت فِي الْأَصَحِّ.

(ولو خلع)؛ أي: الأب، وأما خلع الأم، أو الأجنبي، أو الصّغيرة نفسها من زوجها.. فسنذكر حكمه مفصّلاً.

(صغيرته) احترز به عن خلع صغيره من زوجته فإنه لا يصحّ، (من زوجها بمالها) أطلقه ليشمل مهرها أيضاً؛ لأن خلع الأب على مهرها وعلى ما سواها: سواء في الصّحيح، على ما صرّح به في «الخلاصة» و«البزازية».

(لا يلزم المال)؛ أي: على الصغيرة، ولا على الأب، إلا أن يضمنه الأب.. فحينئذٍ يلزمه بحكم الضّمان.

ثم أشار إلى ما ذكرناه من تعميم المال بعطف قوله: (ولا يسقط مهرها)؛ لأن ولاية الأب نظرية، ولا نظر له في هذا الخلع، فلم يجز، وهذا؛ لأن البضع في حالة الخروج غير متقوم، والبدل متقوّم، ومقابلة ما ليس بمتقوم بما له قيمة.. ليس من النظر في شيء، بخلاف النكاح؛ فإنه إذا زوّج ابنه الصّغير بمهر المثل.. صح؛ لأن البضع متقوم حالة الدخول، حتى يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع ما له؛ لكونه مقابلة المتقوم بالمتقوم؛ فإذا لم يجز الخلع.. لم يلزم المال، ولم يسقط المهر.

وهل له وجه يصح به خلع صغيرته، ويسقط مهرها؟ ففي «البزازية»: وإذا أراد أن يصح خلع الصغيرة على وجه يسقط المهر، والمتعة من زوجها.. يخالع له أجنبي مع زوجها على مال قدر المهر والمتعة، فيجب البدل على الأجنبي للزوج، ثم يحيل الزوج بما عليه من المهر والمتعة لمن له ولاية قبض مهرها ومتعتها على ذلك الأجنبي، فيبرأ الزوج عن المهر ويكون في ذمّة ذلك الرجل.

(وطلقت) الصغيرة (في الأَصَحّ).

وقيل: لا تطلق.

وَفِي الْكَبِيرَةِ: يتَوَقَّفُ على قَبُولهَا.

وَلَو خلعَ على أَنَّه ضَامِنٌ.. لزمَهُ المَالُ وَطلُقت.

ومنشأ هذا الاختلاف: قول محمد في «الكتاب»: إذا خالعها على مالها.. لم يجز؛ فإن قوله: «لم يجز» يحتمل إلى الطّلاق، أي: لا يصح الخلع ولا يقع الطّلاق، ويحتمل أن ينصرف إلى لزوم المال؛ أي: يصح الخلع ويقع الطّلاق، ولا يلزم المال.

والصحيح: أنه ينصرف إلى لزوم المال ويقع الطلاق، لما نصّ عليه في «المنتقى»: أنّ لسان الأب كلسانها، وإذا خالعها نفسها.. يقع الطلاق، ولا يلزم المال، فكذا إذا خالعها أبوها؛ ولأنه علّق الطلاق بقبول الأب.. فيقع عند قوله؛ كسائر الشّروط؛ فإنه لو علّق طلاقها بدخول أبيها الدار.. يقع الطلاق عند دخوله [٤٥٩/أ].

ووجه الرّواية الأخرى: أنّ الخلع في معنى اليمين، والأيمان لا تجري فيها النيابة، ولو انعقد من الأب.. انعقد نيابة، فلا يصح.

والجواب عنه: أنّ ما وجد من الأب شرط اليمين لا نفسها، وشرطها يصح من كلّ أحد.

(**وفي الكبيرة يتوقف على قبولها**)؛ فإن قبلت.. يتم الخلع ويقع الطلاق، هذا إذا خلعها الأب بلا ضمان.

(**ولو خلع على أنه ضامن.. لزمه المال وطلقت**) المرأة.

وتوضيح هذه المسألة على ما في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية»: رجل خلع ابنته من زوجها:

- إن كانت الأبنة كبيرة، وضمن الأب بدل الخلع.. تم الخلع؛ لأن الأجنبيّ لو فعل ذلك.. يتم الخلع، فالأب أولى.

* وإن خالع الأب على صداقها وضمن.. تم الخلع أيضاً، ثم ينظر:

إن أجازت المرأة.. تصح إجازتها ويسقط المهر.

وإن لم تجز.. كان صداقها على الزوج، ويرجع الزوج بذلك على الأب بحكم الضمان.

* كأنَّ الأب قال له: خالع على صداقها:

إن أجازت.. فعليها.

وإن لم تجز.. فعليَّ مقدار ذلك.

- وإن كانت الابنة صغيرة:

* فإن ضمن الأب.. تم الخلع بقبوله، ويكون صداقها على الزوج، ثم يرجع الزوج على الأب.

وقال شمس الأئمة: على الأب لا على الزوج.

* وإن لم يضمن الأب.. لا يجب المال لا على الأب، ولا على الصغيرة؛ كما لو كانت كبيرة.

وهل يقع الطلاق مع عدم الضمان؟ إن قبلت الصغيرة.. يقع؛ كما لو كان الخلع مع الصّغيرة، وإن قبل الأب عند الخلع.. لا رواية فيه عن محمّد.

واختلف المشايخ في وقوع الطّلاق؛ لاختلاف الرواية.

قيل: لا، ما لم تقبل الصغيرة.

وقيل: يقع، ولا يجب المال على أحد.

والصحيح: أنه يقع، ويجب المال على الأب؛ لأن لسان الأب كلسانها.

وإن كان الخلع بين الزوج وأم صغيرة، إن أضافت الأم البدل إلى مال نفسها، أو ضمنت به.. يتم الخلع؛ كما لو كان الخلع مع الأجنبي، وصداقها على الزوج، ثم يرجع الزوج على الأم، إن أخذت من الزوج.

وإن لم يضف ولم يضمن، هل يقع الطّلاق كما يقع في خلع الأب؟ لا رواية فيه، والصّحيح: أنه لا يقع.

وإن كان العاقد أجنبياً ولم يضمن البدل.. هل يتوقف الخلع؟

قال: بعضهم إن كانت الصّغيرة تعقل العقد وتعبّر.. يتوقف الخلع على قبولها.

وقال بعضهم: لا يتوقف.

ولو اختلعت الصغيرة التي تعقل وتعبّر من زوجها على صداقها.. يقع طلاق بائن، ولا يسقط الصّداق.

ولو وكّلت الصغيرة وكيلاً بالخلع ففعل الوكيل.. فيه روايتان:

في رواية: يصح التوكيل ويتم الخلع بقبول الوكيل؛ كما يتم بقبول الصغيرة.

وفي رواية: إن لم يضمن الوكيل البدل.. لا يقع الطلاق؛ كما لو كان الخلع مع الأجنبي.

وذكر الخصاف في «الحيل»: أنّ الأب إذا خالع ابنته الصّغيرة على صداقها؛ إن علم الأب أن الخلع خير لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع الزوج، فخلع على صداقها على قول مالك.. يسقط الضمان عن الزوج؛ فإن قضى القاضي بذلك.. نفذ قضاؤه؛ لأنه قضاء في موضع الاجتهاد.

وقال في «البزازية»: خلع [٤٥٩/ب] الأب ابنته الكبيرة على صداقها بإذنها جارٍ عليها، ولو بلا إذنها؛ فإن أجازت.. وقع الطلاق وبرئ الزوج من الصّداق وإن لم تجز.

فإن لم يضمن الأب المهر.. لا يجوز الخلع، ولا يقع الطّلاق.

وإن ضمن.. وقع الطّلاق، واعتبر هذا الخلع معاوضة بين الزوج والمخالع، وطلاقاً بلا بدل في حق المرأة.

فإذا بلغ الخبر إليها فأجازت.. نفذ عليها وبرئ الزوج.

وإن لم تجز.. رجعت عليه بمهرها ورجع الزوج على الأب بحكم الضمان.

وتقدير هذا الخلع: كأن المخالع قال له: إذا بلغها الخبر وأجازت.. كان البدل عليها، وإن لم تجز.. فعلي، فما يجب على الخالع وهو الأب من الضمان.. إنما يجب بحكم العقد لا بحكم الكفالة، ولو كان مكانه أجنبي.. فكذلك الحكم؛ لأنه ليس للأب ولاية الخلع، فكان كالأجنبي. انتهى.

فمعنى قوله في «المتن»: «على أنه ضامن»: هو التزام المال بالعقد لا الكفالة؛ لأن الزوج لا يستحق على الصغيرة مالاً حتى يتكفل عنها أحد.

وقال في «البزازية» قبل هذا، نقلاً عن صاحب «المنظومة»: إن الصغيرة إن خلعها أبوها، أو أجنبي على صداقها؛ إن ضمن المخالع.. تم الخلع ووقع الطّلاق كائناً من كان العاقد.

وبعد البلوغ: أخذت الزوج بنصفه لو قبل الدخول، ويكمله لو بعده.

وقال شمس الأئمة: ترجع به على الأب لا على الزوج.

وإن لم يضمن الأب.. لا شك أن الصّداق لا يسقط.

وهل تقع البينونة؟! إن قبلت الصّغيرة وهي من أهل القبول.. وقع اتفاقاً، وإن لم تقبل؛ إن كان المخالع أجنبياً ولم يضمن.. لا يقع اتفاقاً، وتكلموا أنه هل يتوقف على إجازتها إذا بلغت؟ قيل: لا.

وإن كان العاقد أباً ولم يضمن الزوج.. قال بكر: اختلف المشايخ في الوقوع.

وقال الحلواني: فيه روايتان:

وفي حيل «الأصل»: أنه لا يقع ما لم يضمن الأب الدرك له.

وفي «كشف الغوامض»: أن الطلاق يقع بقبول الأب على قول محمّد بن سلمة وإن لم يضمن الأب البدل، أي: الصداق، ولا يجب البدل على الأب ولا عليها.

وعنه: أن الخلع واقع بقبول الأب، والبدل عليه وإن لم يضمن. انتهى.

وذكر في طلاق «الأصل» في خلع الأب على صداقها قبل الدخول بها: أن الخلع جائز، ولها نصف الصداق، ويضمن الأب للزوج نصف الصداق.

قالوا: كيف صح خلع الأب على صداقها وهو ملكها. ولا ولاية له في إبطال ملكها - والمراد بخلع الأب على صداقها: خلعه على مال؛ مثل صداقها - وكيف يصح ضمان الصداق للزوج وهو عليه، ولأي معنى يضمن الأب نصف الصداق للزوج وقد ضمن الزوج ذلك لها؟

وأجابوا عن ذلك: بأن الخلع على صداقها، وعلى مال سواه: سواء على الصحيح.

أما على مال سواه.. فظاهر.

وأما على صداقها.. فلأن الخلع فيه لما أضيف إلى مهرها، وذلك ملكها.. كان مضافاً إلى مالها، والإضافة إلى مال الغير؛ بأن خلع على عبد إنسان.. يصح؛ كإضافة الشراء إلى مال غيره، فلما صحّ إضافة الشراء.. فلَأَنْ يصح الخلع، وهو أقرب إلى الجواز.. أولى.

لكن في باب الشراء: يجب تسليم البدل على العاقد، وفي الخلع: لا يجب إلّا بضمان؛ لرجوع الحقوق إلى من يقع له العقد، غير أنه إذا ضمن.. رجع عليه الحقوق بالضمان [٤٦٠/أ]؛ فإذا خلع وضمن.. صحّ ووقع الطّلاق بقبوله، ووجب نصف المهر، وسقط النصف، وعلى الزوج أداء نصف إليها بإذن الأب، أو إلى الأب، ويجب للزوج على الأب نصفه بضمانه تسليم كلّ المهر إلى الزوج.

وإن كانت مدخولة بها.. فلها جميع المهر عليه، والأب يضمن للزوج كلّه؛ لأنه ضمن تسليم الكلّ، فلم يقدر فيضمن مثله، وهذا من الوجوه في خلع الصغيرة، كذا في «البزازية».

وَلَو شَرطَ المَالَ عَلَيْهَا.. طلقَت بِلَا شَيْءٍ إِن قبلت، وإِلا.. فَلَا تطلقُ.

وقولهم: وعلى الزوج أداء نصف إليها بإذن الأب، أو إلى الأب: يناسب قول شمس الأئمة، هذا كلّه إذا خلع الأب، أو الأجنبي على المهر، أو على مال مثله.

وكذا لو خلع الأب، أو الأجنبي عن النفقة وهي صغيرة، أو كبيرة ولم تأذن، ولا أجازت بعد الخلع.. جاز الخلع ووقع الطلاق، ويجب على الزوج النفقة، ثم يرجع على الأب، أو الأجنبي بالضمان، كذا في «البزازية».

(ولو شرط المال عليها)، أي: على الصغيرة، أي: خلع الأب ولم يضمن المال، بل شرط هو، أو الزوج المال عليها (.. **طلقت**) لصدوره عن أهله مضافاً إلى محلّه (**بلا شيء**)؛ لأن الصغيرة ليست من أهل الغرامة مطلقاً حتى السّلطانية.

(**إن قبلت**)؛ أي: الصغيرة، إذا كانت من أهل القبول، وبأن تعقل العقد، وتعبّر عن نفسها.

(**وإلا**)، أي: وإن لم تقبل الصغيرة (.. **فلا تطلق**)؛ لعدم وجود الشّرط وهو القبول، والطلاق بالخلع يعتمد القبول دون لزوم المال.

وأما لو شرط على الأب وقبله فطلقت لزم المال على الأب بالضمان على ما مر، ولو شرط على الزوج فلزم على الزوج ما شرط، لما في «الخلاصة»: ولو اختلعت مع زوجها على نفقة عدّتها ومهرها على أن على الزوج عشرين درهماً.. يصح، ويجب على الزوج عشرون درهماً، ويوافقه ما في «الأصل»: امرأة اختلعت على دار على أن يردّ الزوج عليها ألف درهم لا شفعة فيها، قال: وهذا يدلّ على أن إيجاب بدل الخلع على الزوج صحيح.

وفي صلح «القدوري»: لو ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بدله لها.. لم يجز، فهذا يدل على أنّ إيجاب بدل الخلع على الزوج لا يصح.

فوجه التوفيق بين الرّوايتين: أنها إذا اختلعت على عوض.. يجوز إيجاب بدل الخلع على الزوج، ويكون مقابلاً ببدل الخلع.

والمريضةُ مرضَ الْمَوْتِ تعْتَبر من الثُّلُث.

وكذا إن خالع ولم يذكر نفقة العدة.. يجوز أيضاً، ويكون تقديراً لنفقة العدة.

أما إذا خالعت على نفقة العدّة ولم يذكر عوضاً آخر،، ينبغي أن لا يجب بدل الخلع على الزوج. انتهى كلام «الخلاصة».

(و) خلع (**المريضة مرض الموت يعتبر من الثلث**)؛ لأنه متبرع.

قال في «البزازية»: اختلعت في صحّتها والزوج مريض.. جاز الخلع بالمسمّى قلّ أو كثر، ولا ميراث لها، مات في العدّة أو بعدها.

وإن اختلعت في فرضها بمهرها الّذي عليه؛ إن كان الزوج أجنبياً غير قريب لها وهي مدخولة:

- وماتت بعد انقضاء العدّة.. ينظر إلى المسمّى في بدل الخلع، وإلى ثلث ماله:

- فإن كان المسمّى مثل ثلث مالها أو أقلّ.. فله ذلك.
- وإن كان أكثر من الثلث.. فليس له إلّا الثلث، إلا أن يرضي باقي الورثة.

وإن لم يكن لها مال آخر سوى المهر.. تعيّن الثلث [٤٦٠/ب] من المهر.

- وإن ماتت قبل انقضاء العدّة ينظر إلى المسمّى في بدل الخلع، وإلى قدر ميراثه منها:

- فإن كان البدل مثل حصّته أو أقلّ.. سلّم له البدل.
- وإن كان البدل أكثر.. لا يسلم له الزيادة إلّا برضا باقي الورثة.

وإن كانت غير مدخولة: فالنصف عاد إليه بالطلاق، قبل الدخول والنصف الآخر تبرّع منها للأجنبي.

- فإن خرج من الثلث.. فذاك، وإلّا.. فله بقدر ما خرج منه.

فإن لم يكن لها إلّا المهر.. سلم له ثلثه ورد ثلثاه هذا في خلع الحرّة كبيرة، أو صغيرة صحيحة، أو مريضة، وهل خلع الأمة والمدبرة كذلك؟

- ففي «الخلاصة»: اختلعت الأمة من زوجها، أو طلّقها على جُعلٍ.. يقع الطّلاق ونؤاخذ بالجعل بعد العتق، وإن اختلعت بإذن المولى.. تباع به، والمدبّرة وأم الولد؛ كالأمة إلا أنهم يؤدّيان البدل من كسبهما إذا كان بإذن المولى، والمكاتبة لا تؤاخذ إلا بعد العتق، وإذا اختلعت الأمة من زوجها بمهرها بغير إذن مولاها.. يقع الطلاق، ولا يسقط المهر.

* * *

(بَابُ الظِّهَارِ)

هُوَ تَشْبِيهُ زَوجتِهِ أَو عُضْوٍ مِنْهَا يُعبَّرُ بِهِ عَن جُمْلَتِهَا، أَو جُزْءٍ شائعٍ مِنْهَا: بعضوٍ يحرمُ عَلَيْهِ النّظرُ إِلَيْهِ مِن مَحَارِمِهِ، وَلَو رضَاعاً؛ ....

(بَابُ الظِّهَارِ)

(هو) **في اللّغة:** مصدر، ظاهر امرأته: إذا قال الرجل لامرأته: «أنت علي كظهر أمّي» على ما في «المصباح».

قيل: إنما خصّ ذلك بذكر الظهر؛ لأن الظهر من الدّابة موضع الركوب، والمرأة مركوبة وقت الغشيان، فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة، ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الّذي هو ممتنع وهو استعارة لطيفة؛ كأنه قال: ركوبك في النكاح حرام علي.

وفي اصطلاح أهل الشرع: (تشبيه) المسلم العاقل البالغ ولو سكران، أو مكرهاً، أو أخرس (زوجته) قيد بها؛ لأنه لو قال لأمته، أو لامرأة نكحها بلا أمرها: أنت عليَّ كظهر أمّي، ثم أجازت المرأة النكاح.. لا يكون مظاهراً على ما سيأتي، أطلقها فشمل: المدخولة وغيرها، الكبيرة والصغيرة، الرتقاء وغيرها، العاقلة والمجنونة، المسلمة والكتابية.

(**أو**) تشبيه (**عضو منها يعبّر به عن جملتها أو**) تشبيه (**جزء شائع منها**)، أي: من زوجته (**بعضو يحرم عليه النظر إليه من محارمه، ولو**) كانت الحرمة (**رضاعاً**)، أو مصاهرةً.

والمراد بمحارمه: من يكون محرمة عليه على التأبيد بالاتفاق، احترازاً عن قول الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر فلانة وهي أم المزني بها أو ابنتها.. فإنه لا يكون مظاهراً منها؛ لأن من الفقهاء من يقول: الحرام لا يحرم الحلال، فلا تكون حرمتهما اتفاقياً، كذا في «العناية» و«النهاية».

وكذا لو شبهها بأخت امرأته.. لا يكون مظاهراً؛ لأن حرمتها مؤقتة بكون امرأته في عصمته، لا مؤبدة.

وكذا حرمة المطلقة ثلاثاً مؤقتة بالتحليل، لا مؤبّدة.

وكذا لو قال: كظهر مجوسية.. لا يكون ظهاراً؛ لأن حرمتها مؤقتة بإسلامها أو بصيرورتها كتابية، كذا في «البحر».

وضم في «المحيط»: المرتدة إلى المجوسية.

فإن قيل: لو ظاهر من امرأته، ثم قال لأخرى: أنت عليّ مثل هذه ينوي الظِّهار.. فإنه يكون مظاهراً ولو بعد موتها وبعد التكفير على ما صرح به في «فتح القدير»، مع أن حرمة المظاهر منها ليست مؤبّدة، فانتقض به اشتراط التأبيد.

أجيب عنه: بأن ثبوت الظِّهار [٤٦١/أ] في هذه المادّة إنما هو باعتبار تضمن قوله: أنت عليّ كظهر أمّي؛ لأن تشبيهها بمن قال لها ذلك.. إنما هو في ذلك، فالظِّهار فيها باعتبار خصوص وجه الشّبه المراد، لا باعتبار نفس التشبيه بها.

وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها، فقال: أنت عليّ مثل فلانة ينوي ذلك.. صحّ ولو كان بعد موتها.

وكذا لو ظاهر من امرأته، ثم قال لأخرى: أشركتك في ظهار فلانة.

ولو شبّهها بمزنية الأب أو الابن، قال محمّد: لا يكون ظهاراً.

وقال أبو يوسف: يكون ظهاراً، وهو الصحيح.

ولو قبّل أجنبيّة بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، ثم شبه زوجته بابنتها، أو بأمها.. لم يكن مظاهراً عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يكون مظاهراً.. كذا في «الخانية».

وقال في «الدراية» نقلاً عن شرح «القدوري»: زنى أبوه، أو ابنه بامرأة فشبه زوجته بأم تلك المرأة، أو ابنتها.. يصير مظاهراً عند أبي يوسف.

فَلَو قَالَ لَهَا: «أَنْتِ عليَّ كَظهرِ أُمِّي، أَو رَأسُكِ وَنَحْوُهُ،.......................

ولا يصير مظاهراً عند محمد؛ بناءً على أن حكم الحاكم بحلّ أمها، أو ابنتها.. لا ينفذ عند أبي يوسف، وينفذ عند محمّد.. فلا تكون الحرمة مؤبَّدة عند محمد.

وكذا منشأ الخلاف بينهما المذكور آنفاً في «التاتارخانية».

وقال في «فتح القدير»: وهذا، أي: ما ذكر في «الدّراية» مشكل؛ لأن غاية أمّ مزنية الأب والابن أن تكون كأم زوجة الأب والابن، ولا تحرم أم زوجة الأب على الابن، ولا أم زوجة الابن على الأب.. فليس التشبيه بمحرمة.

وفي «الخانية»: لو شبهها بأم امرأته، أو امرأة الأب أو الابن.. يكون ظهاراً؛ لأن حرمتها مؤبدة.

وفي كلامه إشارة إلى أن التشبيه لا بد أن يكون من الرجل لا من المرأة، وهذا لما ذكر في «الدراية»: أنها لو قالت لزوجها: أنت عليّ كظهر أمي، أو أنا عليك كظهر أمّك.. لا يصح الظِّهار عندنا.

وذكر في «فتح القدير» نقلاً عن «المبسوط»: أنه إذا لم يكن مظاهراً.. فعليه كفارة يمين عند أبي يوسف.

وقال الحسن بن زياد: وهو ظهار.

وقال محمد: ليس بشيء. وهو الصحيح. انتهى.

وهكذا ذكر الخلاف بين أبي يوسف والحسن في «الينابيع» و«الروضة»، وذكر في «شرح المختار» على عكس ذلك.

(**فلو قال لها أنت عليَّ كظهر أمي**) هذا نظير لتشبيه زوجته.

(**أو رأسك**)، (**ونحوه**): مثل فرجك، أو وجهك، أو رقبتك، وهذه كلها نظير ما يعبر به عن جملتها، والحكم فيه يثبت أوّلاً في الجزء، ثم يتعدى إلى كلّها.

وقال في «البحر» نقلاً عن «المحيط»: إنه لو قال: أنت علي كفرج أبي، أو قريبي.. كان مظاهراً.

أَو نصفُكِ وَشِبهُهُ أَو كبطنِها أَو فَخذِهَا، أَو كَظهرِ أُخْتِي، أَو عَمَّتي وَنَحْوِهمَا».. حَرُمَ عَلَيْهِ وَطْؤُهَا ودواعيه. حَتَّى يكفِّرَ.

(**أو نصفك وشبهه**)؛ مثل: ثلثك وربعك، هذا نظير للجزء الشائع.

(**أو كبطنها**)، أي: كبطن أمي، (**أو فخذها، أو كظهر أختي، أو عمتي ونحوهما**) مما حرم عليه على التأبيد (.. **حرم**) - جواب «لو» - (**عليه وطؤها ودواعيه**) من المس والتقبيل بشهوة، (**حتى يكفِّر**) عن ظهاره؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ إلى أن قال: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾، والظِّهار كان طلاقاً في زمان الجاهليّة، **فقرّر الشرع أصله**: وهو التحريم، **ونقل حكمه**: وهو وقوع الطلاق به إلى تحريم مؤقت بالكفارة غير مزيل للنكاح.

وإنما نقله؛ لأنه جناية؛ لكونه منكراً من القول [٤٦١/ب] وزوراً، فيناسب المجازات عليها بالحرمة، وارتفاعها بالكفارة، ثم حرمة الدّواعي مذهبنا.

وقال الشافعي: لا يحرم الدّواعي؛ لأن التحريم عرف بقوله تعالى: ﴿مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾، والتماس في القرآن كناية عن الجماع.

قلنا: إنه حقيقية في المسّ باليد، والكلام للحقيقة حتّى يقوم دليل المجاز، بخلاف الحائض والصّائم؛ حيث لا يحرم الدواعي فيها؛ لأنه يكثر وجودهما، فلو حرم الدّواعي.. أفضى إلى الحرج.

والاعتكاف والإحرام والاستبراء؛ مثل: الظِّهار في حرمة الدواعي مثل الوطء.

قال في «فتح القدير»: إن هذه الحرمة لا ترتفع إلّا بالكفارة، لا بملك، ولا بزوج ثان، حتى لو طلّقها بعد الظِّهار ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر، أو كانت أمة فملكها بعدما ظاهر منها.. لا يحلّ قربانها، حتى يكفر فيها، وللمرأة أن تطالبه بالوطء، وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يُكفِّر، وعلى القاضي أن يجبره على التكفير دفعاً للضرر عنها بحبس؛ فإن أبى ضربه، ولا يضرب في الدَّين.

ولو قال: قد كفرت.. صدق ما لم يعرف بالكذب.

فَلَو وطِئَ قبلَ التَّكْفِيرِ.. فَلَيْسَ عَلَيْهِ غيرُ الاسْتِغْفَارِ وَالْكَفَّارَةِ الأُولى، وَلَا يعودُ حَتَّى يكفّرَ.

وَالْعودُ الْمُوجبُ لِلْكَفَّارَةِ: عزمُهُ على وَطئِهَا.

(**فلو وطئ قبل التكفير.. فليس عليه غير الاستغفار والكفارة الأولى، ولا يعود**)، أي: لا يطؤها ثانياً (**حتى يكفر**)؛ لقوله ﷺ: لمن واقع امرأته في ظهاره قبل أن يكفّر: «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر»، ولو كان شيء آخر واجباً عليه.. لبينه؛ لأن تأخير البيان عن وقته لا يجوز.

(**والعود الموجب للكفارة: عزمه على وطئها**) هذا بيان لسبب وجوب الكفارة، وقد اختلف فيه أصحابنا؛ فالعامّة منهم على أن السبب: مجموع الظِّهار والعود؛ لأن الكفارة دائرة بين العقوبة والعبادة، فيكون سببها دائر أيضاً بين الحظر والإباحة، حتى تتعلق العقوبة بالمحظور، والعبادة بالمباح، إلّا أنه جوز أداء الكفارة قبل العود؛ لأنها إنما شرعت لدفع الحرمة الثابتة بالظِّهار، فيجوز تقديمها عليه بعد ثبوت تلك الحرمة؛ ليرفع بها الحرمة، فيقع الفعل على وجه الحلّ؛ كما قلنا في إرادة الصّلاة: أن الظِّهار سبب للإرادة، مع أن الطهارة يجوز تقديمها على تلك الإرادة، والمراد بالمحظور في كلامهم: هو الظِّهار.

- واختلفوا في العود؛ لاختلافهم في العود المذكور في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾.

فقال الشافعي: المراد به سكوته عن طلاقها بعد الظِّهار زماناً يمكن فيه إيقاع الطلاق ولا يطلق، حتى لو طلّقها موصولاً بالظِّهار.. لا يلزمه الكفارة، واستدل عليه: بأنّ الشرط هو العود لما قالوا، والعود للشيء: هو الإتيان بما يضادّه، لا إعادته؛ لأن ذلك عود فيه، أو إليه، والظِّهار سبب الفراق، والعود له إمساكها عن الطلاق.

وقال أصحابنا: المراد به عزمه على وطئها.

وأجابوا عن الشافعي: بأن حكم الظِّهار ليس ترك المرأة وتحريم العقد، بل

وَيَنْبَغِي لَهَا أَن تَمنَعَ نَفسَهَا مِنْهُ، وتطالبَهُ بِالْكَفَّارَةِ، ويُجبرُهُ القَاضِي عَلَيْهَا.
وَاللَّفْظُ الْمَذْكُورُ لَا يحْتَملُ غيرَ الظِّهار.

الامتناع عن وطئها، فضدّه: العزم على وطئها، فقلنا به.

وقال مالك: المراد به هو الوطء نفسه.

قلنا: يردّه ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه: أنّ سلمة بن صخر حين واقع امرأته، وقد ظاهر منها.. أتى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله [٤٦٢/أ] إني ظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفّر، فقال: «فلا تقربها حتّى تفعل ما أمرك الله تعالى»، والمراد: الكفارة منه، وهذا يقتضي تقديم الكفارة على الوطء، وقول مالك ينافيه.

وقيل: المراد بالعود في الآية: أن يتكلّم بالظِّهار مرّة ثانية، ولا يحرّم بالأولى بدون الثانية.

قلنا: لا يحتمله اللفظ؛ إذ لو كان المراد ذلك.. لقيل: يعيدون من الإعادة لا من العود.

وقال بعضهم: سبب وجوب الكفارة هو الظِّهار وحده، وردّ بأنه منكر من القول وزور، والكفارة عبادة، فلا يكون سبباً لها.

وقال بعضهم: سبب وجوبها هو العزم على الوطء، والظِّهار شرط، وردّ بأن الحكم يتكرّر بتكرّر سببه، لا بتكرر شرطه، وهنا الأمر بالعكس.

وههنا أقوال أخر ذكرها في «البحر».

(**وينبغي لها أن تمنع نفسها منه**)؛ حذراً عن الوقوع في الحرام.

(**وتطالبه بالكفارة، ويجبره القاضي عليها**) بحبس وضرب؛ لدفع الضرر عنها على ما ذكرناه من «فتح القدير».

(**واللفظ المذكور**) كله من قوله: أنت عليّ كظهر أمّي... إلى آخره (**لا يحتمل غير الظِّهار**)؛ لأنها صريح فيه، حتى لو نوى به الطلاق.. لا يصحّ؛ لأنه منسوخ على

وَلَو قَالَ: «أَنْت عليَّ مثلُ أُمِّي، أَو كأُمِّي»؛ فَإِن نوى الْكَرَامَة.. صُدِّق، أَو الظِّهار.. فظهارٌ، أَو الطَّلَاق.. فبائنٌ.

وَإِن لم ينوِ شَيْئاً.. فَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

وَلَو قَالَ: «أَنْت عليّ حرَامٌ كأُمِّي» وَنوى ظِهَاراً أَو طَلَاقاً.. فَكَمَا نوى.

وَلَو قَالَ: «أَنْتِ عليّ حرَامٌ كَظهرِ أُمِّي» وَنوى طَلَاقاً أَو إِيلَاءً.. فَهُوَ ظِهَارٌ،

ما مرّ، فلا يتمكن إتيانه، وكذا لو نوى به الإيلاء.. لا يصح، أو لم ينو به شيئاً؛ لأنه نصّ في معناه.

(ولو قال: أنت عليّ مثل أميّ أو كأميّ).. يرجع إلى نية؛ لأنه كناية؛ (فإن نوى الكرامة.. صدّق)؛ لأنه من محتملات لفظه؛ لأن التكريم بالتشبيه شائع، (أو الظِّهار.. فظهار)؛ لأنه تشبيه بجميعها، وفيه تشبيه بالعضو، ولكنه ليس بصريح فاحتاج إلى النية، (أو الطلاق.. فبائن)؛ لأنه في قوة: أنت علي حرام، ونوى به الطّلاق.

(وإن لم ينو شيئاً.. فليس بشيء) عندهما؛ لاحتمال الحمل على الكرامة.

وقال محمد: يكون ظهاراً؛ لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً.. فالتشبيه بجميعها أولى.

وإن عنى به التحريم لا غير؛ فعند أبي يوسف: هو إيلاء؛ ليكون الثابت أدنى الحرمتين.

وعند محمّد: هو ظهار؛ لأن «كاف التشبيه» تختصّ به.

(ولو قال: أنت عليّ حرام كأمي ونوى ظهاراً، أو طلاقاً.. فكما نوى)؛ لأنه يحتمل: الظِّهار للتشبيه، والطلاق: للتّحريم، والتشبيه تأكيد له، وإن لم يكن له نية.. فإيلاء عند أبي يوسف، وظهار عند محمّد.

(ولو قال: أنت علي حرام كظهر أمّي ونوى طلاقاً أو إيلاءً.. فهو ظهار) عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: مَا نوى.

وَلَا ظِهَارَ إِلّا مِنَ الزَّوْجَةِ، ....

(وعندهما: ما نوى)؛ فإن نوى إيلاء.. فإيلاء، أو طلاقاً.. فطلاق، أو ظهاراً.. فظهار.

وكذا إذا لم يكن له نية؛ لأن كلّا منها من محتملات قوله: أنت عليّ حرام، وقوله: كظهر أمي توكيد له.. فلا يتغير به، غير أن محمّداً يقول: إذا نوى الطّلاق.. لا يكون ظهاراً.

وقال أبو يوسف: يكونان جميعاً؛ الظِّهار بلفظه، والطلاق بنيته، ولا يصدق صرف الكلام عن ظاهره قضاء؛ كما إذا قال من له امرأة معروفة بزينب: زينب طالق، ثم قال: امرأة أخرى وإيّاها عنيت.. يقع الطّلاق على تلك: بنية، وعلى هذه المعروفة باسم زينب: بظاهر لفظه.

فإن قيل: إن الطلاق إن وقع بقوله: أنت علي حرام.. كان متكلماً بلفظ الظِّهار بعدما بانت، والظِّهار بعد البينونة.. لا يصح.

ولا يجوز [٤٦٢/ب] أن يقال: الظِّهار مع الطلاق يثبتان معاً بقوله: أنت عليّ حرام؛ لأن اللّفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين، كذا نقل هذا الاعتراض عن شمس الأئمة السّرخسي.

وأجاب عنه الإمام ظهير الدّين: بأنه يصح ظهار المبانة عند أبي يوسف في رواية عنه، وأن هذا الكلام صريح في الظِّهار، ولهذا لو لم يكن له نية.. يكون ظهاراً، فلا يصدق في إبطال حكم الظِّهار، ويصدق في إرادة الطلاق؛ لاعترافه به.

ولأبي حنيفة: أن اللفظ صريح في الظِّهار، فلا تعمل فيه النية، وقوله: «حرام» توكيد لمقتضاه، فلا يغيره.

(ولا ظهار إلا من الزوجة)، لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾؛ لأن لفظ النساء يتناول المنكوحات لا غير، ولأن الحلّ في الأمة تابع لرقبتها، حتى لو اشترى

فَلَا ظِهَارَ مِن أَمَتِهِ، وَلَا مِمَّن نَكَحَهَا بِلَا أَمرِهَا وَظَاهرَ مِنْهَا فأجازتِ النِّكَاحَ.

وَلَو قَالَ لنسائِهِ: «أنترّ عليَّ كَظهرِ أُمِّي».. كَانَ مُظَاهرا مِنْهُنَّ، وَعَلِيهِ لكلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ.

وَإِن ظَاهرَ مِن وَاحِدَةٍ مرَاراً فِي مجْلِسٍ أَو مجَالِسَ.. فَعَلَيهِ لكلِّ ظِهَارٍ كَفَّارَةٌ.

أمة فوجدها محرمة عليه برضاع، أو مصاهرة.. لم يثبت للمشتري ولاية الردّ بسبب تلك الحرمة، فلا يكون في معنى المنكوحة فلا تلحق بها؛ ولأن الظِّهار منقول عن الطلاق على ما مرّ، ولا طلاق في المملوكة.

(**فلا ظهار من أمته**)، لما تلوناه وذكرناه (**ولا ممن نكحها بلا أمرها**)، أي: فضولاً (**وظاهر منها فأجازت النكاح**)؛ لأنه صادق في تشبيهه في ذلك الوقت، فلا يجب عليه جزاء الزور.

(**ولو قال لنسائه: أنترّ عليّ كظهر أمي.. كان مظاهراً منهنَّ**)؛ لوجود التشبيه في كلّ منها.

(**وعليه لكلّ واحدة كفارة**)؛ لأن الحرمة ثبتت في حق كلّ واحدة منهن، والكفارة شرعت لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها، بخلاف الإيلاء منهن بقوله: والله لا أقربكن أربعة أشهر؛ لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة اسم الله تعالى، ولم يتعدد ذكر الاسم، وهذا حجة على مالك فيما روي عنه: أنه لا تتعدد الكفارة فيما نحن فيه؛ كما في الإيلاء.

(**وإنْ ظاهر من واحدة مراراً في مجلس، أو مجالس.. فعليه لكلّ ظهار كفّارة**)؛ لأن الحكم يتكرر بتكرر السبب، ولا تداخل فيه؛ كما في كفارة الصوم.

وَهِي: عتقُ رَقَبَةٍ، يجوزُ فِيهَا الْمُسلمُ وَالْكَافِرُ، ....

ثم شرع لبيان الكفارة (وهي)، أي: كفارة الظِّهار (عتق رقبة) فيه إشارة إلى ما سيصرح به، من أنه لو أعتق نصف رقبة فجامعها، ثم أعتق النصف الآخر.. لم تجز، وإن أعتق النصف الآخر قبل الجماع.. جاز.

(يجوز فيها)، أي: في الرقبة: (المسلم والكافر).

خلافاً للشافعي في الكافر.

قلنا: إن المنصوص عليه: إعتاق رقبة بلا قيد بالمؤمنة، وقد تحقق ذلك فيجوز.

فإن قيل: إن الكفارة حق الله تعالى، وحق الله تعالى لا يجوز صرفه إلى عدوّ الله؛ كالزكاة.

قلنا: إن قصد المكفّر بالإعتاق: هو أن تمكن العبد المعتق من طاعة الله تعالى بتخلصه عن خدمة المولى، وقد وجد ذلك، ثم بقاء العبد على الكفر.. يحال به إلى سوء اعتقاده واختياره.

فإن قيل: سلّمنا أن بقاءه على الكفر وسوء اعتقاده واختياره، لكن لم لا يكون تصور الكفر منه مانعاً من الصرف إليه؟ كما في الزكاة.

قلنا: إن القياس: جواز صرف الزكاة إليه أيضاً؛ لأن فيه مواساة عباد الله، لكن الحديث أخرجهم عن المصرف على ما مر ثمة، كذا في «العناية».

وقال في «فتح القدير»: ويدخل في الكافر: المرتد والمرتدة، ولا خلاف في المرتدة لا تقبل بالرّدة، واختلف في المرتد؛ قيل: يجوز، وقيل: لا.

وإعتاق العبد [٤٦٣/أ] الحربي في دار الحرب.. لا يجزئه عن الكفارة.

وإعتاق المستأمن... يجزئه.

في «الخانية»: لو أعتق عبداً حربياً في دار الحرب؛ إن لم يخلّ سبيله.. لا يجزئه.

وإن خلّى سبيله.. ففيه اختلاف المشايخ؛ قيل: لا، وقيل: نعم.

وَالذَّكرُ وَالْأُنْثَى، وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ، والأَعورُ والأَصمُّ الَّذِي إِذا صِيحَ يسمعُ، ومقطوعُ إِحْدَى الْيَدَيْنِ وَإِحْدَى الرِّجلَيْنِ مِن خِلافٍ، ومكاتَبٌ لم يَؤدِّ شَيْئاً.

إذا أعتق عبداً حلال الدّم وقد قضى بدمه، ثم عفى عنه.. لم يجز.

وفي «البقالي»: أنه يجزئه.

(والذكر والأنثى، والصّغير) ولو كان رضيعاً **(والكبير، والأعور، والأصم الذي إذا صيح.. يسمع، ومقطوع إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف)**؛ لبقاء جنس المنفعة فيها.

فإن قيل: الصغير لا منافع لأعضائه، فينبغي أن لا يجوز إعتاقه عن الكفارة؛ كالزمن، وكذا لا يجوز إطعامه عن الكفارة، فكذا إعتاقه.

فالجواب عن الأوّل: أن أعضاء الصغير سليمة، لكنها ضعيفة وهي تعرض أن تصير قويّة، فأشبه المريض.

وأما إطعامه عن الكفارة.. فجائز بطريق التمليك لا الإباحة، كذا في «البحر» نقلاً عن «البدائع».

وفي «الخانية»: والمريض الذي في حد مرض الموت.. لا يجزئه، وإذا كان يرجى ويخاف عليه.. يجزئه.

(ومكاتب لم يؤد شيئاً)؛ لأن المكاتب رق من كلّ وجه؛ لأن المكاتب ما بقي درهم فهو رق، ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ، هذا إذا لم يعجز عن أداء بدل الكتابة.

وإما إذا عجز عنه، ثم أعتقه عنه.. يجوز؛ سواء كان أدّى شيئاً، أو لم يؤد أصلاً، وهذه هي الحيلة لمن أراد أن يعتق مكاتبه بعد أداء البعض، كذا في «الخانية».

واعلم أن الضابط في تخريج ما يجوز به الإعتاق عن الكفارة، وما لا يجوز: هو أنه متى أعتق رقبةً، كاملة الرق، في ملكه، مقروناً بنية الكفارة، وجنس ما يبتغي من المنافع فيها قائم، بلا بدل.. جاز عنها، وإلا.. فلا يجوز عنها.

وَلَا يجوزُ الْأَعْمَى، والأَصمُّ الَّذِي لَا يسمعُ أَصلاً، والأَخرسُ، ومقطوعُ الْيَدَيْنِ أَو إِبهاميهما، أَو الرِّجلَيْنِ، أَو يَدٍ وَرجلٍ مِن جَانبٍ وَاحِدٍ، وَمَجْنُونٌ مُطَّبِقٌ، ومُدَبَّرٌ، وَأُمُّ ولدٍ، ومكاتَبٌ أَدَّى بَعْضاً، ومُعْتَقُ بعضُهُ.

وَلَوِ اشْترى قَرِيبَهُ بنيَّتها.. صَحَّ.

وَكَذَا لَو حرَّرَ نصفَ عَبدِهِ عَنْهَا ثُمَّ بَاقِيهِ قبلَ وطءِ مَن ظَاهَرَ مِنْهَا.

ولا يخفى عليك صدق هذا الضابط عن جملة ما مر ذكره مما يجوز في الكفارة.

وكل قيد ذكر فيه: يخرج نوعاً مما لا يجوز، على ما أشار إليه بقوله: (**ولا يجوز الأعمى، والأصم الذي لا يسمع أصلاً، والأخرس، ومقطوع اليدين، أو إبهاميهما، أو الرجلين، أو يد ورجل من جانب واحد، ومجنون مطبق**)، والأصل: ما ذكرنا في الضابط؛ أعني: جنس ما يبتغي من المنافع لا بدّ أن يكون قائماً؛ لأن جنس ما يبتغي من المنافع فائتة فيها، حتى لو جنّ وأفاق.. يجزئه؛ لأنه غير فائت جنس ما يبتغي منه، بل هو مخلّ به، والإخلال لا يضرّ.

(**ومدبر وأمّ ولد**)؛ لعدم كمال الرق فيهما، وقد شرط ذلك في الضابط المذكور.

(**ومكاتب أدّى بعضاً**) من بدل الكتابة في ظاهر الرواية على ما ذكرناه، وهذا؛ لأنه كان ببدل، وقد شرط في الضابط: أن يكون بلا بدل.

(**ومعتق بعضه**)؛ لنقصان الرقبة فيه، ولا بد من تمامه على ما مر في الضابط.

(**ولو اشترى قريبه بنيتها**)، أي: بنية الكفارة (.. **صحّ**) عندنا، خلافاً للشافعي، وكذا الخلاف في كفارة اليمين على ما سيأتي.

وقال في «البحر»: والمراد بشراء قريبه ههنا: دخوله في ملكه مطلقاً بصنع منه؛ شراءً كان أو هبة، أو قبول صدقة، أو وصية، فخرج الإرث، حتى لو نوى وقت موت مورثه إعتاقه عنها.. لم يجز عنها.

(**وكذا لو حرّر**) [٤٦٣/ب] (**نصف عبده عنها، ثم باقيه قبل وطء من ظاهر منها**)؛

وَلَو حرَّرَ نصفَ عبدٍ مُشْتَرَكٍ وَضمنَ بَاقِيهِ.. لَا يجوزُ، خلافاً لَهما.

لأنه أعتق بكلامين، والنقصان تمكّن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة، ومثله غير مانع؛ كمن أضجع شاة للأضحيّة فأصاب السكين عينها.. فإنها غير مانعة عن الأضحيّة.

بخلاف ما إذا أعتق باقيه بعد وطء من ظاهر عنها.. فإنه لم يجز عند أبي حنيفة بناءً على أن الإعتاق يتجزأ عنده، والشرط أن يكون الإعتاق قبل المسيس بالنص، وإعتاق النصف كان قد حصل بعده.

وأما عندهما: فإعتاق النصف هو إعتاق الكل؛ لعدم التجزؤ، فحصل الكل قبل المسيس.

(**ولو حرّر نصف عبد مشترك وضمن باقيه**) ليساره (.. **لا يجوز**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ لأنه تملك نصيب صاحبه بالضّمان؛ فصار معتقاً كلّ العبد عن الكفارة وهو ملكه، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً.. فإنه وجب عليه السّعاية في نصيب الشريك، فيكون إعتاقاً بعوض فلا يكون العتق مجاناً، وإن كان المعتق حراً مديوناً عندهما بناءً على عدم التجزؤ عندهما.

ولأبي حنيفة: أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه؛ لتعذر استدامة الملك فيه، ثم يتحول إليه بالضمان ما بقي منه، فكان في المعنى إعتاق عبد إلا شيئاً، ومثله يمنع الكفارة.

فإن قيل: المضمونات تملك بأداء الضمان بطريق الاستناد إلى زمان وجود السبب، فصار نصيب الساكت ملك المعتق في زمان الإعتاق، فكان النقصان في ملكه بجهة الكفارة، لا في ملك شريكه، ومثله لا يمنع الكفارة على ما ذكرناه من قبل.

أجيب: بأن الملك في المضمون يثبت بطريق الاستناد في حق الضّامن والمضمون له، لا في حق غيرهما، والكفارة غيرهما، فلا يثبت الملك في حقها مستنداً، ويلزم النقصان المانع.

وَكَذَا لَو حرَّرَ نصفَ عَبدِهِ ثُمَّ جَامعَ الْمُظَاهَرَ مِنْهَا، ثُمَّ حرَّرَ بَاقِيهِ.

فَإِن لم يجد مَا يَعْتِقُ.. صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابعَين، لَيْسَ فيهمَا رَمَضَانُ وَلَا شَيْءٌ مِنَ الْأَيَّامِ المنهيَّةِ فَإِن وَطِأَهَا فيهما لَيْلاً عامداً، ....

(وكذا لو حرر نصف عبده، ثم جامع المظاهر منها، ثم حرّر باقيه) هذا عند أبي حنيفة، خلافاً لهما على ما مر من قبل.

(فإن لم يجد ما يعتق) من الرقبة، ولا ثمنها على ما في «العناية» (.. صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان، ولا شيء من الأيام المنهية) الخمسة المعروفة.

أما التتابع فللنص فيه.

فإن صام بالأهلة.. جاز وإن كان كل شهر تسعة وعشرين.

وإن صام بغير الأهلة فأفطر لتمام تسعة وخمسين يوماً.. فعليه أن يستقبله.

وإن صام أحدهما بالأهلة، والآخر بالأيام.. جاز.

وكذا يستقبل إن أدخل في صيامه شهر رمضان؛ لأن رمضان لا يقع عن الظِّهار، لما فيه من إبطال ما أوجبه الله.

وكذا إن أدخل فيها الأيام المهنيّة؛ لأن الصوم فيها منهي عنه، فلا يقوم عن الواجب الكامل.

(فإن وطئها)، أي: التي ظاهر منها إنما قيد بها؛ لأنه إذا جامع غيرها نهاراً عامداً.. يلزمه الاستئناف بالاتفاق.

وإن جامعها نهاراً ناسياً، أو ليلاً عمداً أو ناسياً.. لا يلزمه الاستئناف بالاتفاق، فعلم أن محلّ الخلاف المظاهر منها (فيهما)؛ أي: في الشهرين (ليلاً عامداً) قيد العمد وقع اتفاقاً؛ لأن العمد والنسيان في وطئ المظاهر منها في الليل [٤٦٤/أ] سواء على ما في «العناية» وغيرها من شروح «الهداية»، فما وقع في «شرح المجمع»: أنه قيد الليل بالعمد؛ لأنه لو وطئ ليلاً ناسياً لا يستأنف اتفاقاً.. فغلطٌ منه على ما صرّح به في «البحر».

أَو نَهَاراً نَاسِياً.. اسْتَأْنَفَ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وَإِن أَفطَرَ بِعُذْرٍ أَو بِغَيْرِ عُذْرٍ.. اسْتَأْنَفَ إِجْمَاعاً.

(**أو نهاراً ناسياً.. استأنف**) عند أبي حنيفة.

ومحمد: قيده بالنّسيان؛ لأنه إذا جامعها نهاراً عامداً.. استأنف بالاتفاق.

(**خلافاً لأبي يوسف**)، له: أن هذا وطءٌ لا يفسد به الصّوم، فلا يقطع التتابع؛ لأنه لم يزل صائماً، والشرط في كون الصّوم كفارة: هو التتابع وقد وجد ذلك.

فإن قيل: تقدم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد.

أجيب: بأنّ تقديمه على المسيس وإن كان شرطاً.. لكن فيما ذهبنا إليه تقديم البعض، وفيما قلتم من الاستئناف تأخير الكل عنه، وتأخير البعض أهون من تأخير الكل.

ولهما أن الشرط في الصّوم أن يكون قبل المسيس، وخالياً عنه ضرورة بالنّص، وبتخلل الجماع ينعدم الشرط، وكذا المشروط.. فيجب الاستئناف.

والجواب عن قوله: «إن هذا وطءٌ لا يفسد به الصّوم فلا يقطع التتابع»: أن عدم الفساد في النسيان.. ثبت بالنص على خلاف القياس، فلا يتعدّى إلى قطع التتابع، وفي العمد الواقع ليلاً، ثبت بعدم القائل بالفصل؛ لأن عمده ونسيانه سواء.

والجواب عن قوله: «وتأخير البعض أهون من تأخير الكلّ»: أن الشرط كون الصوم خالياً عن المسيس، وما ذكره ينافي ذلك، كذا في «العناية».

(**وإن أفطر**) بأكل، أو شرب، أو جماعِ غيرِها (**بعذر**) كسفر أو مرض (**أو بغير عذر.. استأنف إجماعاً**)؛ لفوات التتابع، وهو قادر عليه عادة، بخلاف ما لو أفطرت المرأة في كفارة القتل، والإفطار بعذر الحيض.. فإنها لا تستأنف، ولو أفطرت لمرض.. تستأنف؛ لأنها معذورة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما، ولا كذلك المرض.

وعن محمد: أنها لو صامت شهراً، ثم حاضت، ثم أيست.. استقبلت.

. **فَإِن لم يسْتَطعِ الصَّوْمَ.. أطْعم هُوَ أَو نَائِبُهُ سِتِّينَ مِسْكيناً**، كلَّ مِسْكينٍ كالفطرةِ ....

وعن أبي يوسف: لو حبلت في الشهر الثاني.. بَنَتْ.

ولو حاضت في كفارة اليمين.. استقبلت، كذا في «الاختيار».

ولو صام شهرين متتابعين، ثم قدر على الإعتاق في آخر يوم الشهرين قبل غروب الشمس.. وجب عليه العتق لاقتداره على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، وصار صومه تطوّعاً، والأفضل: إتمام صوم ذلك اليوم، وإن أفطر.. فلا قضاء عليه على ما في «الزيلعي».

(**فإن لم يستطع الصوم.. أطعم**)، أي: بالتمليك وبالإباحة على ما هو الأصل فيما ورد بلفظ الإطعام، وهو:

كفارة الظِّهار، والإفطار، واليمين، وجزاء الصّيد، والنذر.

بخلاف ما ورد بلفظ الإيتاء؛ فإن الشرط فيه هو التمليك.

(**هو أو نائبه**) بأن أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره ففعل.. أجزأه؛ لأنه طلب التمليك، فيصير الفقير قابضاً له أولاً، ثم لنفسه لتحقّق تملكه، ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه.

(**ستين مسكيناً**) لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ (**كلّ مسكين كالفطرة**) في قدر الواجب، حتى يجب عليه نصف [٤٦٤/ب] صاع من بر، أو صاع من تمر، أو شعير، لما رواه الأثرم بإسناده عن عمر، قال: «أطعم صاعاً من تمر، أو شعير، أو نصف صاع من بر»؛ ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكلّ مسكين، فيعتبر بصدقة الفطر في القدر، وإن كان بينهما فرق من وجه آخر، وهو أن التفريق فيما نحن فيه بأن يعطي فقيراً منّاً من حنطة، ومناً آخر فقيراً آخر لا يجوز؛ لأن الواجب إطعام ستين مسكيناً، فكان العدد معتبراً كالمقدار، ومتى فرق.. لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين.

أَو قيمَةَ ذَلِكَ.

وَيصِحُّ إِعْطَاءُ مَنٍّ بَرٍّ مَعَ مَنَوي شعيرٍ أَو تمرٍ. ....

وأما صدقة الفطر.. فالمعتبر فيها القدر دون العدد؛ لكونه مسكوتاً عنه، فيكون التفريق جائزاً، كذا في «العناية» و«الزيلعي».

وقال في «الزيلعي»: ولكن الأفضل أن لا يفرق، ويعطي مسكيناً واحداً؛ ليتحقق الإغناء.

وقد صرّح فيه في آخر كتاب صدقة الفطر خلاف ذلك؛ حيث قال: ويجب دفع صدقة فطر كل شخص إلى مسكين واحد حتى لو فرقه على مسكينين أو أكثر.. لم يجز؛ لأن المنصوص عليه هو الإغناء، ولا يستغني بما دون ذلك، وجوز الكرخي التفريق. انتهى.

(**أو قيمة ذلك**) لحصول المقصود بها وهو سدّ خلة المسكين ودفع حاجته لكل يوم، ولا بد أن يقيّدها بغير المنصوصة؛ لأن دفع القيمة غير معتبر في المنصوصة، وهي الأشياء الستة؛ البر، ودقيقه، وسويقه، والزبيب، والتمر، والشعير؛ لتعلق الحكم بأعيانها.

حتّى لو أدى أقل من صاع من تمر تساوي قيمته نصف صاع من برّ، أو أكثر منه.. لا يجوز؛ لعدم اعتبار القيمة فيها، بل المعتبر عينها؛ فإذا كانت عينها أقل مما قدّره الشرع.. لا يجوز (**ويصح إعطاء مَنٍّ برٍّ مع منوَي شعير أو تمر**)؛ لأن هذا يبلغ بالوزن نصف صاع براً، وصاع شعيراً أو تمراً، وكذا يصح إعطاء ربع صاع من بر، ونصف صاع من شعير أو تمر؛ فإنه يبلغ بالكيل نصف صاع من بر، أو صاعاً من شعير، ولما كان المقصود من هذه الأشياء شيئاً واحداً وهو الإطعام.. صاروا جنساً واحداً من هذا الوجه، فجاز التكميل بالأجزاء، بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ كما إذا أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة.. فإنه لم يجز؛ لاختلاف المقصود منها؛ لأن المقصود من الكسوة غير المقصود من الطعام، ألا ترى أن الإباحة في أحدهما يجوز دون الآخر؟

وَتَصِحُّ الْإِبَاحَةُ فِي إِطْعَامِ الْكَفَّارَاتِ والفديةِ دونَ الصَّدقَاتِ وَالْعُشرِ؛ فَإِنْ غدَّاهم وعشَّاهم، أَو غدَّاهم غداءينِ، أَو عشَّاهم عشاءينِ وأَشْبَعَهُم.. جَازَ، وَإِن قلَّ مَا أكلُوا.

وبخلاف إطعام نصف صاع تمر قيمته نصف صاع برّ؛ لما ذكرناه من أن دفع القيمة في المنصوص غير معتبر.

(**وتصح الإباحة في إطعام الكفارات والفدية دون الصدقات**) من الزكاة والفطرة (**والعشر**)، وكذا الخراج؛ لأن المنصوص عليه في الكفارات والفدية: الإطعام، وهو حقيقة في التمكين؛ لأنه عبارة عن جعل الغير طاعماً، وذلك بالإباحة وجواز التمليك فيها بدلالة النص، أو بإشارته، والعمل بها لا يمنع العمل بالحقيقة، بخلاف الصدقات والعشر؛ فإن النص فيهما ورد بما يفيد التمليك، وهذا حجة على الشافعي في إيجابه التمليك في الكفارات والفدية أيضاً.

إنما قيدنا الإطعام؛ لأن كسوة الكفارات لا يجوز الإباحة فيها.

(**فإن غداهم**) [٤٦٥/أ] (**وعشاهم، أو غداهم غداءين، أو عشاهم عشاءين وأشبعهم.. جاز وإن قلّ ما أكلوا**)؛ لأن المعتبر دفع حاجةً اليوم من حيث الشبع لا المقدار، وذلك بالغداء والعشاء عادة، أي: إطعام الغداة: وهو من طلوع الفجر إلى الظهر، وطعام العشي: وهو من الظهر إلى نصف الليل.

وفي كلمة «الواو» إشارة إلى أن الغداء وحده لا يجوز بدون العشاء، وكذا العكس، بل لا بد منهما معاً، فعلم أن المعتبر أكلتان مشبعتان؛ إما بغداءين، أو عشاءين، على ما أشار إليه ثانياً، ونصّ عليه في «المبسوط».

وفي «العناية» عن «المجرّد» عن أبي حنيفة: إذا غدا ستين وعشا ستين آخرين.. لا يجوز، والسحور كالغداء.

ولو كان فيمن أطعمهم صبي فطم.. لم يجزئه؛ لأنه لا يستوفي كاملاً، ولو كان بعضهم شبعان قبل الأكل اختلفوا فيه:

وَلَا بدّ مِنَ الإدامِ فِي خُبزِ الشّعيرِ دونَ الْحِنْطَةِ.

وَلَو أطْعمَ فَقِيراً وَاحِداً سِتِّينَ يَوْماً.. أَجزَأَهُ.

وَإِن أعطَاهُ طَعَامَ الشَّهْرَيْنِ فِي يَوْمٍ.. لَا يُجزِىءُ إِلّا عَن يَوْمٍ وَاحِدٍ.

قيل يجزئه؛ لأنه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعوا.

وقيل: لا يجوز؛ لأن الواجب عليه إشباع العدد المعيّن، واختاره في «الزيلعي».

(**ولا بدّ من الإدام**)؛ ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع (**في خبز الشعير دون الحنطة**)، والذرة كالشعير، (**ولو أطعم فقيراً واحداً ستين يوماً.. أجزأه**)، خلافاً للشافعي؛ لأن التّفريق على السّتين واجب بالنص، فلا يجوز إبطاله بالتّعليل.

قلنا: إن المقصود سدّ خلّة المحتاجين، والحاجة تتجدد بتجدد الأيّام، فكان اليوم الثاني كمسكين آخر؛ لتجدد سبب الاستحقاق.

(**وإن أعطاه طعام الشهرين في يوم.. لا يجزئ إلا عن يوم واحد**) بالاتفاق إن كان الدفع بطريق الإباحة؛ لأن المقصود سد خلة المحتاجين، والحاجة تتجدد في كلّ يوم، فالدفع إليه دفعة، أو دفعات، في يوم واحد.. لا يدفع إلا حاجة واحدة وهي أكل ذلك اليوم.

وإن كان بطريق التمليك في يوم واحد.. فلا يخلو؛ إما أن يدفع إليه دفعة.. أو دفعات.

فإن كان الأول.. لا يجوز بالاتفاق أيضاً؛ لأن التفريق منصوص عليه، فلا يجوز دونه.

وإن كان الثاني.. فقد اختلفوا فيه.

قيل: يجوز؛ لأن الحاجة إلى التّمليك كثير يتجدد في كل يوم واحد كما يتجدد في الأيام، وليس لها نهاية؛ فإذا فرق بدفعات في يوم واحد.. جاز كما في الأيّام.

وقيل: لا يجوز إلا عن يوم واحد، وهو الصحيح على ما في «التبيين»؛ لأن المقصود سد الخلة، ولهذا لا يجوز الصرف إلى الغني وبعدما استوفى وظيفة اليوم

فَإِن جَامَعَهَا فِي خلالِ الْإِطْعَامِ.. لَا يسْتَأْنفُ.

وَلَو أطْعمَ سِتِّينَ فَقِيراً لكلِّ فَقيرٍ صَاعاً عَن ظِهارينِ.. لَا يَصحُّ إِلّا عَن وَاحِدٍ.

لا حاجة له إلا سد الخلّة بصرف وظيفة أخرى إليه؛ لأنه قد اندفعت حاجته في ذلك اليوم، فالصرف إليه بعد ذلك يكون إطعام الطاعم، بخلاف كفارة أخرى؛ لأن المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم، ولا يمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة، كذا في «العناية».

وهل الأمر كذلك في كفارة الصّوم وصدقة الفطر؟

فقال في «الحاشية اليعقوبية»: ولا يخفى عليك، أن هذا يدل على أن كفارة الصوم كذلك لا يجزي دفع الأكثر من النصب الواحد إلى فقير واحد دفعة واحدة، وعلى هذا: إن دفع الأكثر من صدقة الواحد في صدقة الفطر إلى فقير [٤٦٥/ب] واحد دفعة واحدة لا تجزئ إلا عن واحد. انتهى.

يريد بقوله: أن هذا يدلّ أن الدفع بطريق التمليك في يوم واحد دفعة واحدة، يدل على أن كفارة الصّوم أيضاً كذلك.

ثم الظاهر من فطرة «الخلاصة»: أنها تجزئ عن الأكثر لو فرّق حصّة كلّ واحد منهم عند الإفراز، وقد ذكرناه ثمة.

(**فإن جامعها في خلال الإطعام.. لا يستأنف**)؛ لأن النص في الإطعام غير مقيّد بما قبل المسيس، فيعمل بإطلاقه، ولا يجوز حمله على النص المقيّد في الإعتاق والصّوم بالقياس، ولا بخبر الواحد، وهو قوله ﷺ للذي واقع امرأته قبل التكفير: «استغفر الله، ولا تعد حتى تكفر»؛ لأنه نسخ ولا يجوز بمثله، وإنما منع من الوطء قبل الإطعام لاحتمال أن يقدر على التحرير، أو الصيام فيقعان بعده، والنهي لغيره لا ينافي المشروعية بأصله.

(**ولو أطعم ستّين فقيراً لكل فقير صاعاً**) من برّ (**عن ظهارين**) سواء كانا من امرأة، أو امرأتين (..**لا يصح إلا عن واحد**) منهما عند أبي حنيفة ويعقوب.

وَلَو عَن ظِهَارٍ وإفطارٍ.. صَحَّ عَنْهُمَا.

وَكَذَا لَو حرَّرَ عَبْدَيْنِ عَن ظِهارَينِ، أَو صَامَ عَنْهُمَا أَرْبَعَةَ أشهرٍ، أَو أطْعَمَ مائَةً وَعشْرينَ فَقِيراً.. صَحَّ عَنْهُمَا وَإِن لم يُعيِّنْ.

(ولو) أطعم (عن ظهار وإفطار.. صحّ عنهما) بالاتفاق.

وقال محمّد: صح في الظِّهارين أيضاً؛ لأن في المؤدّى وفاء بهما؛ إذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين: نصف صاع من بر، ففي الصاع وفاء بهما، والمصروف إليه محلّ لهما؛ لأن الفقير لا يخرج بأخذ أحد الحقين عن كونه مصرفاً؛ لبقاء الخلّة والنية معينة، فيقع عنهما؛ كما لو أطعم عن ظهار وإفطار، أو فرّق في الدفع.

ولهما: أن النية في الجنس الواحد لغو؛ لأنها للتمييز بين الأجناس المختلفة، والفرض عدمها، ووجوب كل ظهار بسبب على حدة لا يجعلهما جنسين حقيقة، حتى يعتبر فيه النية، فلغت النية، وإذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة؛ لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيقع عنهما؛ كما إذا نوى عن أصل الكفارة.. فإنه يقع عن أحدهما بالاتفاق.

بخلاف ما إذا فرق في الدفع؛ لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر.

فإن قيل: إنه لو أعتق عبداً عن أحد الظِّهارين بعينه.. صح نية التعيين، ولم تلغ وإن كان الجنس متحداً، حتى حلّ له وطءُ المرأة التي عينها في الإعتاق.

أجيب عنه: بأن إعتاق الرقبة تصلح كفارة عن أحد الظِّهارين قدراً ومحلاً فصحت نيته، وأما إطعام ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً؛ فإن صلح عن الظِّهارين قدراً.. لكنه لم يصلح لهما محلاً؛ لأن محلّهما مائة وعشرون مسكيناً عند عدم التفريق؛ فإذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحلّ.. وجب أن يعتبر قدر المحلّ احتياطاً؛ كما لو أعطى ثلاثين مسكيناً كلّ واحد صاعاً.

(**وكذا لو حرّر عبدين عن ظهارين، أو صام عنهما أربعة أشهر، أو أطعم مائة وعشرين فقيراً.. صح عنهما وإن**) - وصلية - (**لم يعين**)؛ لأن الجنس متحد والمحل

وَإِن حرَّرَ عَنْهُمَا رَقَبَةً وَاحِدَةً، أَو صَامَ شَهْرَيْنِ ثمَّ عيَّنَ عَن أَحدِهمَا.. صَحَّ.

وَلَو عَن ظِهَارٍ وَقتلٍ.. لَا.

قابل، وفي المؤدّى وفاء بهما، فلا حاجة إلى تعيين النية.

(**وإن حرّر عنهما رقبة واحدة، أو صام شهرين عن أحدهما.. صح، ولو عن ظهارٍ وقتلٍ: لا**) يصح عن أحدهما.

وقال زفر: لا يصح عن أحدهما في الفصلين [٤٦٦/أ].

وقال الشافعي: له أن يجعل عن أحدهما في الفصلين؛ لأن الكفارات كلّها باعتبار اتحاد المقصود؛ أعني: الستر جنس واحد، وفي الجنس الواحد لا يفيد تعيين النّية، فبقي نية أصل الكفارة، ولو نوى أصل الكفارة.. كان له أن يجعل ذلك عن أيّهما شاء، فكذا هذا.

ووجه زفر: أنه أعتق عن كلّ ظهار نصف العبد، فليس له أن يجعل عن أحدهما؛ لخروج الأمر من يده.

ولنا: أن نية التعيين في الجنس الواحد لغو؛ لأنه نوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغواً؛ فإذا لغت.. صار؛ كأنه أعتق رقبة عن الظِّهارين ولم ينو عنهما، وذلك جائز وله أن يصرفها إلى أيهما شاء.. فكذلك ههنا.

بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين؛ لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف فكانت معتبرة.. فلا يكون عن واحد منهما.

فإن قيل: لا نسلم اختلاف الجنس ههنا؛ لأن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق: في القتل والظِّهار واحد.

أجيب: بأنّ اختلاف الجنس في الحكم ههنا باختلاف السّبب؛ فإن القتل يخالف الظِّهار لا محالة، واختلاف السبب يدلّ على اختلاف المسبّب.

وَلَو ظَاهرَ العَبْدُ.. لَا يجزئُهُ إِلّا الصَّوْمُ وَإِن أَعْتَقَ عَنهُ سَيِّدُهُ أَو أطْعمَ.

نظير ما يتحد الجنس فيه: أنه إذا صام في قضاء رمضان عن يومين.. يجزئه عن قضاء يوم واحد، بناءً على ما ذكرناه من أن نية التوزيع في الجنس الواحد لغو، وبقي أصل النية.

ونظير ما يختلف الجنس فيه: أنه إذا كان عليه صوم القضاء والنذر لا بد من التمييز بينهما بالنية؛ فإن نوى من الليل أن يصوم غداً عنهما.. كانت النية معتبرة، ولا يصير صائماً لاختلاف الجنس فيه.

ثم الأصل ههنا: أن ما اتحد سببه فهو المتحد، وما اختلف سببه فهو المختلف، فالصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين والعصرين من يومين، ولهذا احتاج في قضائهما إلى تعيين النية، وإلّا.. لا يقع عن واحد منهما، وصوم رمضان من سنة واحدة من قبيل المتحد؛ لاتحاد سببه، أعني: حضور شهر، ومن سنتين من قبيل المختلف؛ لاختلاف سببه.

(ولو ظاهر العبد.. لا يجزئه إلّا الصّوم)؛ لأنه لا ملك له، فلم يكن من أهل التكفير بالمال.

(وإن أعتق عنه سيده أو أطعم)؛ لأنه ليس له أهلية الملك حتى يصير مالكاً بتمليك المولى.

* * *

(بَابُ اللّعانِ)

شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَةٌ بِالْأَيمَانِ، مقرونةٌ باللَّعنِ، قَائِمَةٌ مقَامَ حدِّ الْقَذْفِ فِي حقِّ الزَّوْجِ، ومقامَ حدِّ الزِّنَا فِي حَقِّهَا.

(بَابُ اللِّعَانِ)

هو في اللغة: الطرد والإبعاد والسب على ما في «المصباح».

وفي الشريعة: (**شهادات مؤكدة بالأَيمان مقرونة باللّعن**) والغضب (**قائمة مقام حدّ القذف في حق الزّوج**).

والمراد بكونه قائماً مقام حد القذف في حقّه: أن يسقط حد القذف عنه إذا تلاعنا بالنسبة إلى زوجته لا مطلقاً، إذ لو كان مطلقاً.. لم تقبل شهادته أبداً، مع أنها مقبولة على ما صرّح به «الزيلعي» في باب حدّ القذف؛ حيث قال: إن شهادته تقبل، ولو كان محدوداً في حق الكل.. لما قبلت. انتهى.

وذكر في «البحر» نقلاً عن «الاختيار»: أنها لا تقبل بعد اللّعان أبداً، ولم أجده في «الاختيار»[1].

(**ومقام حدّ الزنا في حقّها**)، والمراد بكونه [٤٦٦/ب] قائماً مقام حدّ الزنا في حقّها: أن يسقط عنها حدّ الزنا بالنسبة إلى الزوج، لا مطلقاً على ما صرح به في «الزيلعي» و«البحر».

ولما كان في مقام حدّ الزنا في حقّها.. لا يثبت اللّعان بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضي إلى القاضي، ولا بشهادة النساء، على ما صرّحوا به.

وذكر في «البحر»: أنه ليس المراد أن اللّعان قائم مقام الحدّين في حالة واحدة، وإنما المراد أنه قائم مقام حدّ القذف في حقّه إن كان كاذباً وهي صادقة، وقائم مقام حد الزنا في حقّها إن كانت كاذبة وهو صادق.

---

(١) بل هو في «الاختيار» في باب اللّعان (١٦٨/٣).

واستفيد من كونه قائماً مقام الحد؛ سواء كان بالنسبة إليه، أو إليها:

أنه لا يحتمل العفو والإبراء والصّلح على مال، حتى لو صالحها على الترك بمال.. ردت المال، ولها المطالبة بعد العفو.

وأنه لا يحتمل التوكيل إلّا في إثباته على قول الإمام؛ كالحدّ.

ثم هذا حدّه.

- **وأما سببه**: فهو قذف الرجل امرأته قذفاً يوجب الحد في الأجنبية.
- **وأما شرطه**: فبعضه يرجع إلى القاذف خاصة، وبعضه إلى المقذوف خاصة، وبعضه إليهما جميعاً، وبعضه إلى المقذوف فيه، وبعضه إلى نفس القذف، وبعضه إلى المقذوف به:

أما الأول: فواحد وهو عدم إقامة البينة على صدقه.

وأما الثاني: فإنكارها وجود الزنا منها وعفتها عنه.

وأما الثالث: فقيام الزوجية بينهما، حتى إذا طلقها بائناً أو ثلاثاً.. سقط اللّعان، ولا يجب الحدّ والعقل والإسلام والبلوغ أيضاً.

وأما ما يرجع إلى المقذوف فيه: فهو دار الإسلام.

وأما ما يرجع إلى نفس القذف: فالرمي بصريح الزّنا.

- **وركنه**: شهادات مخصوصة جارية بكلمات معروفة، على ما أشار إليها في الحد.
- **وحكمه**: حرمة الوطء والاستمتاع؛ كما فرغا من اللّعان على ما سيأتي، ثم هذا عندنا.

فَلَو قذفَ زَوجتَهُ بِالزِّنَا وكُلٌّ مِنْهُمَا أَهلٌ للشَّهَادَةِ، ....

وقال الشافعي: هي أيمان مؤكّدات بلفظ الشهادة، لقوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾؛ لأن قوله تعالى: ﴿بِٱللَّهِ﴾: محكم في اليمين، والشهادة تحتمل اليمين، فيحمل المحتمل على المحكم.

ولنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾، استثنى أنفسهم عن الشهداء، فثبت أنهم شهداء؛ لأن الأصل في الاستثناء الاتصال، ثم نص على شهادتهم، فقال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ فنص على الشهادة واليمين، فقلنا: الركن: هو الشهادة المؤكّدة باليمين القائمة مقام الحدّ في الطّرفين على وجه بيّناه.

(**فلو قذف زوجته بالزنا وكلّ منهما أهل للشّهادة**)، أي: من أهل أدائها على المسلم لا لمجرد التحمّل، ولهذا لا يجري اللّعان بين:

كافرين وإن قبلت شهادة بعضهم على بعض عندنا؛ لعدم أهلية أدائها على المسلم؛ لأن اللّعان شهادات مؤكدات بالأيمان، فلا بد من أهلية اليمين أيضاً، والكافر ليس من أهل الكفارة.

ولا بين كافرة ومسلم.

ولا بين مملوكين.

ولا بين ما إذا كان أحدهما مملوكاً، أو صبيّا، أو مجنوناً، أو محدوداً في قذف.

كلها لعدم أهلية الشهادة.

بخلاف الأعميين، أو فاسقين؛ فإنه يجري اللّعان بينهما؛ فإنهما من أهل [٤٦٧/أ] الشهادة وإن لم تقبل شهادتهما للفسق وعدم التمييز، حتى لو قضى القاضي بشهادتهما.. صح قضاؤه.

بخلاف ما إذا قضى بشهادة المملوك والصبي والمجنون.. فإنها لا تصحّ.

وأشار بقوله: «بالزّنا»:

وَهِيَ مِمَّن يُحَدُّ قاذفُها، ....

إلى ما في «البدائع»: من أنه لو قذف بعمل قوم لوط.. لا لعان فيه عند أبي حنيفة، ويجب اللّعان عندهما، بناءً على الخلاف المشهور بينهما في لزوم الحدّ فيه عندهما لا عنده.

وإلى ما في «الخانية»: من أنه لو قذف رجل امرأة رجل، فقال الزوج: صدقت هي كما قلت.. كان قذفاً حتى يلاعن، ولو قال: صدقت مطلقاً من غير زيادة.. لم يكن قاذفاً. انتهى.

(**وهي ممن يحدّ قاذفها**)، أراد به: كونها عفيفة عن الزنا؛ لأن اشتراط كونها حرّة مكلفة مسلمة علم من كونها من أهل الشهادة، فلم يبق من شرائط الإحصان إلا العفّة، وإنما اشترط إحصانها؛ لأن اللّعان قائم مقام حدّ القذف.. فلا بدّ من إحصانها حتى يحدّ قاذفها.

فلو لم تكن محصنة بأن كانت وطئت بنكاح فاسد وكان لها ولد، وليس له أب معروف، أو زنت في عمرها ولو مرّة، أو وطئت وطئاً حراماً ولو بشبهة.. [لم يجز اللّعان].

وإنما خصّت المرأة بكونها ممّن يحدّ قاذفها مع أنه شرط في جانب الرجل أيضاً، حتى لو كان هو ممن لا يحدّ قاذفه.. لا يجري اللّعان بينهما وإن كانت هي ممن يحدّ قاذفها؛ لئلا يخلو القذف عن إيجاب حكم.

فإنها إذا لم تكن ممن يحد قاذفها.. لم يلزم الرّجل حد ولا لعان؛ لأنه قائم مقام حد القذف، وهو يقتضي إحصانها.

بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف.. فإنه يحد حدّ القذف، فلم يخلو القذف عن إيجاب حكم، كذا في «النهاية» و«العناية».

فإن قيل: قد عرفت أن اللّعان شهادات مخصوصة، وما المناسبة بين الشهادة والحد حتى تقوم هي مقام الحد في الطرفين؟

أَو نفى نسبَ وَلَدِهَا ....

أجيب: بأن الحدّ زاجر، والإشهاد بالله تعالى كاذباً مقروناً باللّعن على نفسه يسبب الهلاك، وفي ذلك زجر عن الإقدام على سببه، فقامت مقامه.

فإن قيل: إذا قامت هي مقامه.. فلم يجز التداخل فيه؛ كما جاز في حدّ القذف، حتى إنه لو قذف أربع نسوة له بكلمة واحدة، أو بكلمات متفرّقة.. فعليه أن يلاعن عن كلّ واحدة منهنّ على حدة؛ لعدم التّداخل فيه، ولو قذف أجنبيّات بكلمة، أو كلمات، أو أجنبية بكلمات.. فإنه يقام عليه حدّ القذف مرة واحدة للتداخل فيه.

أجيب: بأن إقامة اللّعان مقام الحدّ في حقّه إنما هو فيما إذا قذف زوجته، لا مطلقاً على ما ذكرناه سابقاً.. فلا ترد عليه الأجنبيّات.

(**أو نفي نسب ولدها**) الذي ولد على فراشه، أو الذي من غيره عن أبيه المعروف؛ لأنه لما نفي ولدها.. صار قاذفاً لها، ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة؛ لأن الأصل في النسب: الفراش الصحيح، والفاسد ملحق به، والأصل: عدمه، فنفيه عن الفراش الصحيح.. قذف به، حتى يظهر الملحق به.

وقال الشّافعي: لا يصير بنفي الولد قاذفاً لها ما لم يقل إنه من الزنا [٤٦٧/ب]؛ لجواز أن يكون من الوطء بشبهة؛ كما لو قال لأجنبية: ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك.. فإنه لا يصير قاذفاً ما لم يقل: «وإنه من الزّنا» بالاتفاق.

قال شيخ الإسلام: والقياس ما قاله، إلّا أنا تركناه لضرورة في اللّعان؛ لأن الزوج قد يعلم أنّ الولد ليس منه، بأن لم يطأها، أو عزل عنها عزلاً بيّناً، ولكن لا يعلم أنه بزناً، أو بوطءٍ عن شبهة، فاكتفى بنفي الولد حتّى ينتفي عنه نسب الولد، وهذه الضرورة معدومة في حق الأجنبي، كذا في «العناية».

وذكر في «المحيط»: أنه إذا نفى الولد بأن قال ليس بابني، ولم يقذفها بالزنا.. لا لعان بينهما؛ لأن النفي ليس بقذف لها بالزنا يقيناً؛ لجواز أن يكون الولد من غيره بوطء عن شبهة لا عن زنا. انتهى.

وطالبَتْهُ بِمُوجَبِهِ.. وَجبَ عَلَيْهِ اللّعانُ.

وهذا منه اختيار قول الشافعي، وعمل بالقياس.

(**وطالبته بموجبه**): بموجب القذف وهو: الحد، وهذا لأنه حقّها؛ لأنه باللّعان يندفع منها عار الزّنا، فلا بدّ من طلبها كسائر الحقوق، حتى لو لم تطالبه.. لا لعان، ولا بد أن يكون الطلب في مجلس القاضي على ما في «البحر» عن «البدائع».

ثم قال: وهذا إذا كان القذف بصريح الزنا، أمّا إذا كان ينفي الولد.. فالطلب حقّه أيضاً؛ لاحتياجه إلى نفي نسب من ليس منه؛ كما أن المرأة محتاجة إلى نفي الزنا عن نفسها، كذلك الولد يحتاج إلى نفي نسب الغير منه.

وأشار بعدم اشتراط الفور في الطلب إلى أن سكوتها لا يبطل حقّها وإن طالت المدّة؛ لأن تقادم الزمان لا يوجب بطلان الحق في القذف والقصاص، على ما ذكره الإسبيجابي.

وزاد في «الجوهرة»: وحقوق العباد.

وفي «خزانة الفقه»: ولو سكتت ولم ترفع إلى الحاكم.. كان أفضل، وينبغي للحاكم أن يقول لها: اتركي وأعرضي عن هذا؛ لأنه دعاء إلى الستر؛ فإن تركت مدة، ثم خاصمت.. فلها ذلك، كذا في «البحر».

(.. **وجب عليه اللّعان**) إن كانت الزوجية قائمة بأن لم تكن مطلقة بائناً، وإلا.. فلا؛ لأن شرط اللّعان قيام الزوجية بينهما.

واعلم: أن موجب قذف الرجل زوجته؛ كان حد القذف أوّلاً؛ كما في الأجنبية؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ الآية، ولما روي أنه ﷺ قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء: «ائت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك، وإلا.. فحدّ على ظهرك»، فقال الصحابة: الآن يجلد هلال بن أمية فتبطل شهادته في المسلمين، فثبت أن موجب القذف في الزوجة كان الحدّ، ثم انتسخ بآية اللّعان، فنظرنا في آية اللّعان فوجدناها دالة على أن الأصل في اللّعان: أن تكون

فَإِن أَبى.. حُبِسَ حَتَّى يُلَاعنَ أَو يكذِّبَ نَفسَهُ فَيُحَدُّ.

فَإِن لَاعَنَ.. وَجَبَ اللّعانُ عَلَيْهَا.

فَإِن أَبَت حُبِسَت حَتَّى تُلاعِنَ أَو تصدِّقَهُ.

شهادات مؤكدات بالأيمان، مقرونة باللّعن، قائمة مقام الحدّ في الطرفين على ما ذكرناه.

ومما يدل على الانتساخ بآية اللّعان ما رواه مسلم: أن رسول الله ﷺ قال لمن سأله عمّن قذف امرأته: «قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فَأْتِ بها»، قال سهل: فتلاعنا.

(**فإن أبى**) الزوج [٤٦٨/أ] عن اللّعان (.. **حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه**) فيما رمى عليها، فيحدّ حدّ القذف على تقدير تكذيب نفسه، وهذا؛ لأنه حقّ مستحق عليه وهو قادر على إيفائه، فيحبس حتّى يأتي بما هو عليه، أو يكذب نفسه؛ ليرتفع سبب اللّعان وهو التكاذب؛ لأن اللّعان لا يجب إلّا بعد أن أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه، بعد قذف الزوج امرأته بالزنا، وأما إذا أكذب نفسه.. فلم يبق التكاذب.

(**فإن لاعن**)، أي: الزوج (.. **وجب اللّعان عليها**)؛ أي: على الزوجة لقوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾، لكن يُبتدأ بالزوج لأنه المدّعي، فيطلب منه الحجة أوّلاً.

(**فإن أبت.. حبست حتى تلاعن**)، وإذا تلاعنت.. يفرق القاضي بينهما، وهذه الفرقة تطليقه بائنة عند أبي حنيفة ومحمد على ما سيصرح به.

(**أو تصدقه**) فيرتفع اللّعان؛ لانتفاء سببه، وكذا لا حدّ عليها؛ لأن تصديقها ليس بإقرار للزنا أربع مرات حتّى يقيم عليها حدّ الزنا. وذكر في «الزيلعي» وفي بعض نسخ «القدوري»: «فتحدّ» وهو غلط؛ لأن الحدّ لا يجب بالإقرار مرّة، فكيف يجب بالتّصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات؛ لأن التصديق ليس بإقرار، فلا يعتبر في حق وجوب الحدّ، ويعتبر في درئه فيندفع به اللّعان ولا يجب به الحدّ، ولو

فَإِن لم يكنِ الزَّوْجُ مِن أهلِ الشَّهَادَةِ؛ بِأَن كَانَ عبداً، أَو كَافِراً، أَو محدوداً فِي قذفٍ وَهِيَ مِن أَهلِهَا.. حُدَّ.

وَإِن كَانَ أَهلاً وَهِيَ صَغِيرَةٌ، أَو أَمَةٌ، أَو مَجْنُونَةٌ، أَو محدودةٌ فِي قذفٍ، أَو كَافِرَةٌ، أَو مِمَّن لَا يُحدُّ قاذفُها.. فَلَا حَدَّ وَلَا لعانَ.

صدقته في نفي الولد.. فلا حد ولا لعان، وهو ولدهما؛ لأن النسب إنما ينقطع حكماً باللّعان، وهو حق الولد، فلا يصدقان في إبطال حقه. انتهى.

وبهذا ظهر ضعف ما في «صدر الشريعة» و«شرح النقاية»: أن بتصديق المرأة زوجها ينتفي نسب ولدها منه.

وأجاب عنه بعض المتأخرين: بأن المرأة إذا أكذبت زوجها في نفي الولد على ما ذكر في صفة اللّعان، وحلفت على صدقها في هذا التكذيب.. ينتفي نسب الولد.

ففي صورة التصديق: ينبغي أن ينتفي أيضاً بطريق الأولى، وأما كون النسب حق الولد.. فكما لا يفيد في صورة اللّعان: كذلك ينبغي أن لا يفيد ههنا أيضاً.

(**فإن لم يكن الزّوج من أهل أداء الشهادة بأن كان عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف وهي**) أي: الزوجة (**من أهلها.. حدّ**) حد القذف؛ لأنه تعذر اللّعان لمعنى من جهته؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، فيصار إلى الموجب الأصلي وهو حد القذف، واللّعان خلف عنه بعد النسخ على ما ذكرناه.

وصورة كون الزوج كافراً: أن يكونا كافرين قبل القذف فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الإسلام.

(**وإن كان**)، أي: الزوج (**أهلاً**) لأداء الشهادة (**وهي**)، أي: الزوجة (**أمة، أو صغيرة، أو مجنونة، أو محدودة في قذف، أو كافرة، أو ممن لا يحدّ قاذفها.. فلا حدّ، ولا لعان**)؛ لعدم إحصانها وعدم أهليتها للشهادة.

ولو كانا محدودين في قذف.. فعليه الحدّ؛ لأن امتناع اللّعان من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة.

وَصِفَتُهُ: أَن يَبتدِىءَ بِالزَّوْجِ،

فإن قيل: هلا اعتبر جانبها وهي أيضاً محدودة في قذف ودرءاً للحد.

أجيب: بأنّ المانع [٤٦٨/ب] إنما يعتبر مانعاً إذا وجد المقتضي، وإذا لم يكن الزوج أهلاً للشهادة.. لم ينعقد قذفه مقتضياً للحكم وهو اللّعان، فلا يعتبر المانع، والقذف في نفسه موجب للحدّ فيحدّ، بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبه.. فإنه ينعقد قذفه مقتضياً له؛ فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة في قذف.. بطل المقتضي، فلا يجب الحد؛ لأنه لم ينعقد للحدّ، بل انعقد للّعان، ولا اللّعان أيضاً؛ لبطلانه بالمانع.

(وصفته: **أن يبتدأ بالزّوج**) لما ذكرناه من أنه المدّعي، فيطلب منه الحجّة أوّلاً، أفاد هذا: أن المرأة لو ابتدأت باللّعان.. لا يصحّ لعانه، وبه صرّح في «البحر» عن «شرح الأقطع».

ولكنه قال في «الاختيار»: إذا التعنت المرأة أوّلاً، ثم الزوج.. أعادت هي؛ ليكون على التّرتيب المشروع.

فإن فرّق القاضي بينهما قبل إعادة المرأة.. جاز؛ لأن المقصود تلاعنهما وقد وجد ذلك.

وفي «البدائع»: ينبغي أن يعيد اللّعان عليها؛ لأن اللّعان شهادة، فلا يصح لعانها إلا بعد وجود شهادته؛ لأنه مدّع فيبتدئ شاهد المدعي، ثم يشاهد المدعى عليه بطريق الدّفع له؛ كما في باب الدّعوى؛ فإن لم يعد حتّى فرق بينهما.. نفذت الفرقة؛ لأن تفريقه صادف محلّ الاجتهاد؛ لأنه يزعم أن اللّعان يمين لا شهادة، ويجوز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى؛ كتحالف المتبايعين فإنه لا يلزم مراعاة التّرتيب. انتهى.

ولا يخفى عليك أن مقتضاهما لزوم الإعادة عليها، لكنه قال في «الغاية»: لو بدأ بلعانها.. فقد أخطأ السنة، ولا تجب إعادته، ورجّحه ابن الهمام، وقال: وهو

فَيَقُولُ أَربعَ مَرَّاتٍ: «أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي صَادِقٌ فِيمَا رميتُها بِهِ مِنَ الزِّنَا»، وَفِي الْخَامِسَة: «لعنةُ اللهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ كَاذِباً فِيمَا رميتُها بِهِ من الزِّنَا»، يُشِيرُ إِلَيْهَا فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.

ثُمَّ تَقولُ هِيَ أَربعَ مَرَّات: «أَشهدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ كَاذِبٌ فِيمَا رماني بِهِ مِنَ الزِّنَا»، وَفِي الْخَامِسَة: «غضبُ اللهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ صَادِقاً فِيمَا رماني بِهِ مِنَ الزِّنَا» تُشِيرُ إِلَيْهِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.

الوجه؛ لأن النّص أعقب الرّمي بشهادة أحدهما، وشهادتها الدارئة للحد عنها بقوله: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ﴾، ولأن «الفاء» دخلت على شهادته على وزن ماقلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه أعقب جملة الأفعال للقيام إلى الصّلاة، وإن كان دخول «الفاء» على غسل الوجه. فانظره ثمة.

(**فيقول**)، أي: الزوج (**أربع مرات: أشهد بالله أنّي صادق فيما رميتها به من الزنا**)، أو: نفي الولد.

(**وفي الخامسة: لعنة الله عليه إن كان كاذباً فيما رميتها به من الزنا**)، أو نفي الولد، (**يشير إليها في جميع ذلك**.

ثم تقول هي)، أي: المرأة (**أربع مرّات أشهد بالله إنه كاذب فيما رماني به من الزنا، وفي الخامسة: غضب الله عليها إن كان صادقاً فيما رماني به من الزنا، وتشير إليه**)، أي: إلى الزوج (**في جميع ذلك**).

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يأتي بلفظ الخطاب، يقول: فيما رميتك به من الزنا؛ لأنه أقطع للاحتمال؛ لأنه يحتمل أن يضمر هو مرجعاً للضمير الغائب غيرها، بخلاف الخطاب؛ لأنه لا يحتمل غيرها، وتقول هي أيضاً: إنك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا.

وفي «فتح القدير»: والأولى أن يقيمهما القاضي متقابلين، ويقول له التعن.

ووجه ظاهر الرواية، أعني: ما ذكر في الكتاب أن لفظة الغيبة إذا تضمنت إليه

وإِن كَانَ الْقَذْفُ بِنَفْيِ الْوَلَدِ.. ذكرَاهُ عِوَضَ ذِكرِ الزِّنَا.

وَإِن كَانَ بِالزِّنَا وَنفي الْوَلَدِ.. ذكراهما.

وَإِذا تلاعنا.. فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَينهمَا.

الإشارة.. انقطع الاحتمال، وإنما خصت المرأة بالغضب؛ لأن النساء يستعملن اللّعن كثيراً؛ كما ورد في الحديث: «إنكن [٤٦٩/أ] تكثرن اللّعن وتكفرن العشير، فلا تبالين به»، بخلاف الغضب فإنهن قلما يستعملنه.. فكان أردع.

(وإن كان القذف بنفي الولد.. ذكراه)، أي: ذكر الزوجان.

(عوض ذكر الزنا)؛ بأن يقول: أشهد بالله إني لمن الصّادقين فيما رميتها به من نفي الولد، وكذا في جانبها.

(وإن كان بالزنا ونفي الولد.. ذكراهما) جميعاً.

(وإذا تلاعنا.. فرق الحاكم بينهما)، أشار إلى أن القاضي يفرق بينهما وإن لم يرضيا بالفرقة، وإلى أنها لا تبين قبل تفريقه، حتى لو مات أحدهما قبله.. ورثه الآخر.

ولو زالت أهلية اللّعان في هذه الحالة بأن أكذب نفسه، أو قذف إنساناً فحدّ، أو وطئت وطئاً حراماً، أو خرس أحدهما.. لم يفرق بينهما.

والمراد بالحاكم: هو الذي وقع اللّعان عنده، حتى لو لم يفرق هذا الحاكم حتى عزل، أو مات.. فالحاكم الثاني يستقبل اللّعان عندهما، خلافاً لمحمد، كذا في البحر.

وقال زفر: تقع الفرقة بتلاعنهما؛ لثبوت الحرمة المؤبدة به.

وقال الشافعي: تقع بلعان الزوج.

ولنا: ما رواه البخاري ومسلم: أنه ﷺ لاعن بين رجل وامرأة ففرّق بينهما وألحق الولد بأمه، وأن عويمر العجلاني لاعن امرأته عند رسول الله ﷺ فلمّا فرغا

وَهُوَ طَلْقَةٌ بائنةٌ.

وينفي نسبَ الْوَلَدِ إِن كَانَ الْقَذْفُ بِهِ، ويُلحِقُهُ بِأُمِّهِ.

من لعانهما.. قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فلطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ، ولو كانت الفرقة تقع بلعانهما، أو لعانه.. لأنكر عليه رسول الله ﷺ.

(وهو)، أي: تفريق القاضي (طلقة بائنة) عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه فعل القاضي وهو ينسب لنيابته عنه، كما في العنين، ولها النفقة والسكنى في العدة.

الثابت باللّعان: تحريم مؤبد لا طلقة، حتى لا يحلّ له تزوجها أبداً على ما سنبينه، ثم إنما توقف البينونة على تفريق القاضي؛ لأنه لما حرم الاستمتاع بينهما باللّعان.. فات الإمساك بالمعروف، فوجب عليه التسريح؛ فإذا لم يسرح.. ناب القاضي منابه؛ لأنه نصب لدفع الظلم.

(وينفي) القاضي (نسب الولد) من الأب (إن كان القذف به)، أي: بنفي الولد لا بالزنا، (ويلحقه بأمّه) لما رويناه من «الصحيحين»؛ ولأن مقصوده من هذا اللّعان: نفي الولد، فيوفر عليه مقصوده بلا حاجة إلى تصريح القاضي بالنفي والإلحاق؛ لأن القضاء بالتفريق يكون متضمناً لنفيه وإلحاقه.

وروى بشر عن أبي يوسف: أن القاضي يفرق بينهما، ويقول قد ألزمته أمّه وأخرجته من نسب الأب، حتى لو لم يقل ذلك.. لم ينتف النسب عنه؛ لأن نفي الولد قد ينفك عن التّفريق؛ إذ ليس من ضرورة التفريق باللّعان نفي الولد، كما لو مات الولد.. فإنه يفرق بينهما باللّعان، ولا ينتفي النسب عنه، فلا بد أن يصرّح القاضي بنفي النسب.

قال في «الزيلعي»: شرط نفي نسب الولد وإلحاقه بأمه: أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللّعان، حتى لو علقت وهي أمة، أو كافرة، ثم أعتقت أو أسلمت.. لا ينفي، ولا يلاعن؛ لأن نسبه كان ثابتاً على وجه لا يمكن قطعه باللّعان، فلا يتغير بعده.

وقال في «الحاوي»: وإن نفى ولد زوجته وهما ممن لا لعان بينهما.. لزمه ولا يستطيع نفيه أبداً، ولا ينتفي [٤٦٩/ب] ولد الزوجة إلّا باللّعان. انتهى.

وقال صاحب «البدائع»: لقطع النسب من الأب شرائط ست:

الأول: التفريق.

الثاني: أن يكون التفريق بحضرة الولادة، أو بعدها بيوم، أو يومين.

الثالث: أن يتقدم منه إقرار به صريحاً، أو دلالة كسكوته عند التهنئة.

الرابع: أن يكون الولد حياً وقت التفريق، فلو نفاه بعد موته.. لاعن ولم يقطع نسبه، وكذا لو جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما.. تلاعن ولزماه، أو نفاهما، ثم مات أحدهما، أو قتل قبل اللّعان.. لزماه.

الخامس: أن لا تلد بعد التفريق ولداً آخر من بطن واحد، فلو ولدت فنفاه ولاعن الحاكم وفرق بينهما، ولزم الولد أمّه، ثم ولدت آخر من الغد.. لزماه وبطل قطع نسب الأول؛ لأنه لما ثبت الثاني.. ثبت الأول ضرورة.

وإن قال الزوج: هما ابناي.. لا حد عليه، ولا يكون مكذباً نفسه؛ لاحتمال الإخبار بما لزمه شرعاً.

السادس: أن لا يكون محكوماً بثبوته شرعاً؛ فإن حكم بثبوته.. لا ينقطع نسبه.

ويتفرع عليه: ما ذكره محمد في «الجامع الكبير» مسألتان:

إحداهما: امرأة ولدت ولداً، فانقلب هذا الولد على رضيع فمات الرضيع، وقضى بديته على عاقلة الأب، ثم نفى الأب نسبه.. يلاعن القاضي بينهما ولا ينقطع نسب الولد منه؛ لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب قضاء بكون الولد منه، فلا ينقطع بعده.

والثانية: أنه إذا قال لامرأتيه وقد دخل بهما: إحداكما طالق ثلاثاً، ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأكثر من سنتين من وقت الطلاق.. كانت الولادة بياناً لوقوعه على

الأخرى؛ لأن الولد حصل من علوق حادث بعد الطّلاق، وتعينت التي ولدت للنكاح؛ فإن نفى الولد.. لاعن القاضي بينهما، ولا ينقطع النسب؛ لأن حكم الشرع بكون الولد بياناً، حكم بكونه منه، وبعده لا ينقطع باللّعان.

ويتفرع عليه أيضاً: ما ذكره في «فتح القدير»: أنه لو قذفها أجنبي بنفي الولد ويحدّه القاضي بها.. فإنه حكم بثبوت نسبه؛ فإذا نفاه أبوه بعده.. لا ينقطع.

فإن قيل: هذا منقوض بثلاث مسائل ذكرها محمد أيضاً:

أحدها: امرأة ولدت وزوجها غائب ففطمت ولدها، وطلبت من القاضي أن تفرض النفقة لها وللولد على الزوج وبرهنت، ثم حضر الزوج ونفى الولد.. لاعن القاضي وقطع النسب، مع أنه محكوم به، حيث فرض القاضي نفقته عليه.

الثانية: أنه لو أنكر الدخول بعدما ولدت.. ثبت النسب ووجب لها كمال المهر، فلو نفاه.. يلاعن القاضي ويقطع النسب، مع أنه محكوم به حين قضى لها بكمال المهر.

الثالثة: المطلقة طلاقاً رجعياً إذا ولدت لأكثر من سنتين.. تكون رجعة، وإن نفاه.. لاعن وقطع نسبه مع أنه محكوم به حين قضى بالرجعة.

أجاب عنه محمد حين سأل عيسى بنُ أبان عن الفرق بين هذه المسائل الثلاث، وبين المسائل التي تقدّمت: بأنه متى حصل القضاء بالنسب لضرورة القضاء بأمر ليس [٤٧٠/أ]من حقوق النكاح؛ كما في هذه المسائل الثلاث.. فإنه قطع باللّعان هذا، وهل يقطع النسب عن الولد في حقّ جميع الأحكام، أم يبقى في بعض الأحكام؟

ففي «فتح القدير» عن «الذخيرة»: ثم إذا قطع نسب الملاعنة من الأب، وألحق بالأم.. يبقى النسب في حق: الشهادة، والزكاة، والقصاص على الأب بقتله، والنكاح، وعدم اللحوق بالغير.

فَإِن أَكذبَ نَفسَهُ بعدَ ذَلِكَ.. حُدَّ وَحَلَّ لَهُ أَن يَتَزَوَّجَهَا، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ. ....

حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر، ولا صرف زكاة ماله إليه، ولا يجب القصاص على الأب بقتله، ولو كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى.. لا يجوز للابن أن يتزوجها، ولو ادّعى إنسان هذا الولد.. لا يصحّ وإن صدّقه الولد في ذلك، إلا أنه لا يجري التوارث بينهما، ولا نفقة على الأب؛ لأن النفي باللّعان ثبت شرعاً بخلاف الأصل؛ بناء على زعمه وظنه، مع كونه مولوداً على فراشه، فلا يظهر في حق سائر الأحكام.

(**فإن أكذب**)، أي: الزوج (**نفسه بعد ذلك**)، أي: بعد اللّعان (**..حدّ**)؛ لاقراره بوجوب الحدّ عليه، (**وحلّ له أن يتزوّجها**) عند أبي حنيفة ومحمّد.

(**خلافاً لأبي يوسف**).

توضيحه على ما ذكره في «فتح القدير»: أنه إذا أكذب نفسه بعد اللّعان والتفريق حدّ أو لم يحدّ.. يحلّ له أن يتزوّجها بعقد جديد عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لأبي يوسف.

ولو أكذب نفسه بعد اللّعان قبل التفريق.. حلّت له من غير تجديد عقد النكاح.

ولو أكذب نفسه قبل اللّعان.. نظر؛ فإن لم يطلّقها قبل الإكذاب.. حدّ أيضاً، وإن أبانها ثم أكذب نفسه.. فلا حدّ عليه ولا لعان؛ لأن اللّعان أثره التفريق بينهما، فلا يأتي به بعد البينونة، ولا يجب الحدّ؛ لأن قذفه وقع موجباً للّعان، فلا ينقلب موجباً للحدّ؛ لأن القذف الواحد لا يوجب حدّين، بخلاف ما إذا اكذب نفسه بعد اللّعان؛ لأن موجب حدّه حينئذ القذف الذي تضمنته كلمات اللّعان؛ لأنه نسبها فيها إلى الزنا، وانتزع منها معنى الشهادة بإكذاب نفسه لا القذف الأوّل؛ لأنه أخذ حكمه من اللّعان، فكان هذا نظير شهود الزنا، إذا رجعوا عن شهادتهم.. فإنهم يحدّون باعتبار تضمّن شهادتهم نسبته إلى الزنا.

وَكَذَا إِن قذفَ غَيرَهَا فحُدَّ، أَو زَنَت فحُدَّت.

وعلى هذا: لو قال: يا زانية أنت طالق ثلاثاً.. لا يجب عليه حدّ، ولا اللّعان؛ لأنه قذفها وهي زوجته، ثم بانت بالثلاث، ولو أبانها بعد قذفها.. لا حد ولا لعان عليه.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية.. حدّ؛ لأنه قذفها بعد البينونة؛ وكما تحلّ له بإكذاب نفسه بعد اللّعان قبل التفريق من غير تجديد عقد النكاح.. كذلك تحلّ له لو قذف أحدهما أجنبياً بعد اللّعان فحدّ، أو زنت، أو خرس، أو ارتد أحدهما، حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلاً للشهادة؛ لارتفاع السبب الذي لأجله افتراق المتلاعنين.

وقال أبو يوسف: إذا افترق المتلاعنان.. فلا يجتمعان أبداً، فيثبت بينهما حرمة مؤبدة؛ كحرمة الرضاع، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

وإذا كانت الحرمة مؤبدة.. لا تكون طلاقاً، بل فسخاً [٤٧٠/ب] ويلزم على قولهم: أن لا يتوقف على تفريق القاضي؛ لأن الحرمة ثابتة قبله بالاتفاق وأن الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظِّهار، أو زالت؛ فإذا فرض أن هذه الحرمة من حيث شتت ثبت: مؤبّداً.. لم يتصور توقفها على تفريق القاضي.

واستدل أبو يوسف بما روي عن النبي ﷺ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً».

ولنا: أن الإكذاب رجوع، والشهادة بعده لا حكم لها في حكم الراجع، فيرتفع اللّعان، ولهذا يحدّ ويثبت نسب الولد منه، ومعنى ما رواه: أنهما لا يجتمعان ما داما متلاعنين.

(وكذا)، أي: حل له أن يتزوّجها (إن قذف غيرها)، أي: إن قذف غيرها بعد التلاعن منها (فحدّ)، أي: حد للقذف، (أو زنت)، أي: زوجته التي تلاعن فيها (فحدّت) للزنا - كذا في «الهداية» وحواشيها - قيل: الأَولى: ترك قوله: «فحدت»؛ لأن بمجرد زناها لم يبق لها أهلية اللّعان فيحل تزوّجها، والوجه ههنا ما ذكرناه آنفا،

وَلَا لعانَ بِقَذْفِ الْأَخْرَسِ وَلَا بِنَفْيِ الْحملِ، وَعِنْدَهُمَا: يُلَاعِنُ إذا أَتَت بِهِ لأَقلَّ مِن سِتَّةِ أَشهُرٍ.

وَلَو قَالَ: زَنَيْتِ، وَهَذَا الْحملُ مِنْهُ.. لاعنَ اتِّفَاقاً،

من أن أحدهما بالحد خرج من أن يكون أهلاً للشهادة واللّعان فيحلّ التّزوج.

قيل: إنه لما جرى اللّعان بينهما.. علم أنهما زوجان على صفة الإحصان، والزوجان إذا زنيا بعد إحصانهما.. يرجمان، فحينئذٍ كان معنى قوله: «فحدّت» رجمت، فبعد ذلك كيف يصح التزوج؟!

أجيب بأنّ معناه: جلدت، وتصوير المسألة: أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول، ثم إنها زنت بعد اللّعان.. فكان حدها الجلد دون الرجم؛ لأنها ليست بمحصنة؛ لأن من شروط إحصان الرجم: الدخول بعد النكاح الصحيح، ولم يوجد ذلك.

(**ولا لعان بقذف الأخرس**)؛ لأنه قائم مقام حدّ القذف، وهذا لا يثبت إلا بالصريح، فكذا اللّعان، خلافاً للشافعي، بناء على أن إشارة الأخرس كعبارة الناطق.

قلنا: إن الإشارة لا تعرى عن الشبهة؛ لكونها محتملة، والحدود تندرئ بالشبهات واللّعان في معنى الحدّ.

(**ولا بنفي الحمل**) بأن قال ليس حملك مني؛ لأنه لا يتيقن بقيام الحمل، فلم يصر قاذفاً، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: يلاعن إذا أتت به لأقل من ستة أشهر**)؛ لتحقق قيام الحمل وقت النفي فيتحقق القذف.

قلنا: إنه إذا لم يكن قذفاً في الحال.. يصير كالمعلق بالشرط؛ كأنه قال: إن كان لك حمل فليس مني، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط؛ لأنه يفضي إلى إبقائه إلى زمان وجود الشرط في ذمّة القاذف؛ كما في تعليق اليمين، وفي ذلك احتيال لإثبات ما يندرئ بالشبهات.

(**ولو قال: زنيت، وهذا الحمل منه.. لاعن اتفاقاً**) لوجود القذف منه؛ لأنه ذكر الزنا صريحاً.

وَلَا يَنْفِي القَاضِي الْحملَ.

وَلَو نفى الْوَلَدَ عِنْدَ التَّهنئةِ أَوِ ابتياعِ آلَةِ الْوِلادَةِ.. صَحَّ، ولاعَنَ.

فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة «قاضي خان»، حيث قال: إذا نفى الرجل حبل امرأته، وقال: هو من الزنا، عندنا: لا يجب عليه حد، ولا لعان في الحال؛ فإن جاءت بولد لستة أشهر.. فكذلك؛ لاحتمال أن الولد حدث بعد النفي، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر.. فكذلك في قول أبي حنيفة، وفي قول صاحبيه: لاعن القاضي بينهما، ويلزم الولد أمّه. انتهى. [٤٧١/أ] فقد جعلها من الخلافية لا من الاتفاقية.

قلت: الفرق: أنّ قوله: «هذا الحمل من الزنا» ليس قذفاً بالزنا صريحاً، بل هو إخبار أنّ الولد خلق من الزّنا، بخلاف قوله: زنيت؛ فإنه قذف بالزنا صريحاً بطريق الإنشاء، فلا فرق بين قوله: ليس حملك مني، وبين قوله: ليس حملك مني، بل من الزنا في الحكم.

(**ولا ينفي القاضي الحمل**)، خلافاً للشافعي؛ لأنه ﷺ نفى الولد عن هلال، وقد قذفها حاملاً.

ولنا: أن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة؛ لتمكن الاحتمال قبله، وما رواه: محمول على أنه عرف قيام الحمل بطريق الوحي.

(**ولو نفى الولد عند التهنئة**)، أي: في الحالة التي تقبل فيها التهنئة، وأما لو قبل الأب التهنئة ثم نفي.. لا يصح نفيه على ما في «النهاية».

وكذا لو سكت عند التهنئة، ثم نفى.. لا يصح نفيه؛ لأن سكوته عندها رضى في ولد المنكوحة، بخلاف ولد الأمة؛ فإن سكوته عندها فيه ليس برضى على ما في «فتح القدير».

(**أو ابتياع آلة الولادة.. صح**) نفيه (**ولاعن**)؛ لوجود القذف.

وَإِن نفى بعدَ ذَلِكَ.. لَاعنَ وَلَا يَنْتَفِي.

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ النَّفْيُ فِي مُدَّةِ النّفاسِ.

وَإِن كَانَ غَائِباً.. فحالُ عِلمِهِ كَحالِ وِلَادَتِهَا.

(وإن نفى بعد ذلك)، أي: التهنئة وابتياع آلة الولادة (..لاعن)؛ لوجود القذف (ولا ينتفي) عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يصح النفي في مدّة النّفاس)؛ لأن النّفي يصح في مدّة قصيرة، ولا يصحّ في مدّة طويلة، ففصلنا بينهما بمدّة النّفاس؛ لأنه أثر الولادة.

ولأبي حنيفة: أنه لا معنى للتقدير بمدّة؛ لأن الزمان للتّأمل وأحوال الناس فيه مختلفة؛ فاعتبرنا ما يدل على عدم النفي، وهو قبول التهنئة، أو سكوته عندها؛ فإن ذلك إقرار منه أن الولد له، وكذلك ابتياعه ما يحتاج إليه الولد عادة، أو مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي؛ فإذا وجد منه هذه الدلائل.. لا يصحّ النفي بعده، وهذا إذا كان الزوج حاضراً.

(وإن كان غائباً) ولم يعلم بالولادة، ثم قدم (.. فحال علمه: كحال ولادتها) فيجعل؛ كأنها ولدته الآن.. فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار قبول التهنئة.

وعندهما: في مقدار مدةّ النّفاس بعد القدوم؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به.

وعن أبي يوسف: إنه إن قدم قبل أن يمضي مدّة الفصال.. فله أن ينفيه إلى أربعين يوماً، وإن قدم بعدها.. فليس له أن ينفيه أصلاً؛ لأنه لو جاز ذلك... لجاز بعدما صار شيخاً، وهو قبيح.

وعنه أيضاً في غير رواية «الأصول»: إذا بلغه الخبر لتمام الحولين.. ليس له نفيه ويلاعن.

وعن محمد لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يوماً من حين بلغه.. يلاعن بينهما ويقع نسبه.

وَإِن نفى أَوَّلَ توأَمينِ وَأَقرَّ بِالْآخرِ.. حَدَّ.
وَإِن عكسَ.. لَاعنَ وَيثبتُ نسبُهما فيهمَا.

وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة في مقدار قبول التهنئة: ثلاثة أيام.

وروى الحسن عنه: سبعة أيّام؛ لأنها أيّام التهنئة، وضعفه السّرخسي بأن نصب المقادير بالرأي متعذر.

(**وإن نفى أوّل توأمين وأقر بالآخر.. حدّ**)؛ لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني.

(**وإن عكس**)، أي: أقر بالأوّل ونفى الثاني (**..لاعن**)؛ لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والإقرار بالعفّة سابق على القذف، فصار كما إذا قال: إنها عفيفة، ثم قال: هي زانية، وفي ذلك التلاعن، ولا يكون ذلك كذاباً [٤٧١/ب] لنفسه بعد القذف على ما ظن، حتى يجب عليه الحدّ.

(**ويثبت نسبهما**)، أي: من الأب (**فيهما**)؛ لأنهما خلقا من ماء واحد، فثبوت أحدهما يستلزم ثبوت الآخر.

وفي «البحر»: لو جاءت بثلاث في بطن واحد فنفى الثاني، وأقر بالأوّل والثالث.. يلاعن وهم بنوه، ولو نفى الأول والثالث، وأقر بالثاني.. يحد وهم بنوه، كذا في شرح «النقاية».

اعلم: أنّ في صورة ما إذا أقر بالأوّل ونفى الثاني، إذا قال بعده: هما ابناي.. فلا حد عليه؛ لأنه صادق لثبوت نسبهما منه ولا يكون رجوعاً؛ لعدم إكذاب نفسه، بخلاف ما إذا قال: كذبت عليها؛ لأنه للتصريح بالرجوع.

ولو قال: ليسا بابني.. كانا ابنيه، ولا يحدّ؛ لأن القاضي نفى أحدهما، وذلك نفي للتوأمين فليسا ولديه، فلم يكن قاذفاً لها مطلقاً بل من وجه، كذا في «فتح القدير».

* * *

(بَابُ الْعِنِّينِ)

هُوَ: مَن لَا يقدرُ على الْجِمَاعِ، أَو يقدرُ على الثّيّبِ دونَ الْبِكرِ.

فَلَو أقرَّ أَنَّهُ لم يَصِلْ إِلَى زَوجتِهِ يؤجِّلُهُ الْحَاكِمُ سنةً قمريَّةً، وَهُوَ الصَّحِيحُ.

(بَابُ العِنِّين)

(**هو من لا يقدر على الجماع، أو يقدر على الثَّيِّب دون البِكر**)، أو على بعض النساء دون بعض؛ لمرض به، أو لضعف في خلقته، أو لكبر سنّه، أو لسحر، أو غير ذلك.

(**فلو أقرّ أنه لم يصل إلى زوجته**)؛ بكراً أو ثيباً (.. **يؤجله الحاكم سنة**) ابتداؤها من وقت الخصومة.

(**قمرية، وهو الصحيح**)، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، والسنة القمرية: اثنا عشر شهراً قمريّاً، والشهر القمري: هو زمان مفارقة القمر؛ أي: وضع يفرض له من الشمس إلى عوده إليه، وأظهر أوضاعه منها هو الهلال، فكان أليق بالمبدئية، ومدّتها: ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوماً وخمس يوم وسدسه، أعني: إثنين وعشرين دقيقة من دقائق اليوم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يؤجل سنة شمسية: وهي زمان مفارقة الشمس أية نقطة تفرض من فلك البروج إلى عودها إليها بحركتها الخاصة التي هي لها من المغرب إلى المشرق.

وقد جعلوا ابتداء هذه السنة من حين حلول الشمس رأس الحمل، ومدّتها: ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم تقريباً، أي: خمس ساعات وخمس وخمسون دقيقة واثني عشر ثانية.

وأشار إلى أنّ تأجيل غير الحاكم غير معتبر كائناً من كان، ولو عزل الحاكم بعدما أجّله.. بنى المتولي على التّأجيل الأول، كذا في «فتح القدير».

ويُحتَسَبُ مِنْهَا رَمَضَانُ وَأَيَّامُ حَيْضِهَا، لَا مُدَّةُ مَرضِهِ أَو مَرضِهَا.

فَإِن لَم يَصِلْ فِيهَا.. فُرِّقَ بَينهمَا ....

(**ويحتسب منها**)، أي: من مدة التأجيل (**رمضان وأيام حيضها**)، أي: لا يعوّض عنها أيام أخر، بل هما محسوبتان من مدة التّأجيل؛ لأن الصّحابة قدّروها بالسنة، ولم يستثنوا منها أيّام الحيض ورمضان، مع علمهم أن السنة لا تخلو منها.

(**لا مدة مرضه، أو مرضها**)؛ فإن السنة قد تخلو عنه، فلم يكن في معنى أيام الحيض ورمضان، فيعوض لذلك أيام آخر على ما عليه فتوى المشايخ.

وعن أبي يوسف: أنه إذا مرض أحدهما مرضاً لا يستطيع الجماع معه؛ فإن كان أقلّ من نصف شهر.. احتسب عليه، وإن كان أكثر منه.. لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانه؛ لأن رمضان محسوب عليه، وهو قادر عليه في الليل ممنوع عنه في النهار، والنهار بدون اللّيل نصف الشهر، فثبت أنّ نصف الشهر محسوب عليه [٤٧٢/أ].

وعنه: أنهما إذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم.. تحتسب عليه بزمان المرض.

وعن محمّد: إن مرض أحدهما فيما دون الشهر.. يحتسب عليه بذلك، وإن كان المرض شهراً.. لا يحتسب، ويزاد في مدته بقدر مدّة المرض.

قال في «فتح القدير»: إن حجّ الزوج، أو غاب.. احتسب عليه؛ لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه، أو يؤخر الحج والغيبة.

ولو كان محرماً وقت الخصومة.. قال محمّد: يؤجل بعد إحرامه، فلا يكون عذراً، بخلاف ما إذا حجّت هي، أو غابت.. لا يحتسب عليه؛ لأن العجز من قبلها.

وفي «البحر»: لا يحتسب عليه حجّها وغيبتها وحبسها وامتناعها من المجيء إلى السجن بعد حبس الزوج، بعد أن يكون فيه موضع صلاة يمكنه جماعها.

(**فإن لم يصل فيها**)، أي: في السنة (..**فرق**) الحاكم (**بينهما**) على ما روي عن

إِن طَلَبَتْهُ، ....

عمر، وعلي، وابن مسعود، وعليه فتوى أبي حنيفة وأصحابه، والشافعي وأصحابه، ومالك وأصحابه؛ ولأن حقّها ثابت في الوطء، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلّة معترضة، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية، فلا بدّ من مدّة معروفة لذلك، فقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة.

لأن العجز إن كان من علّة معترضة.. فلا يخلو من كونها عن غلبة حرارة، أو برودة، أو رطوبة، أو يبوسة، والفصول الأربعة تشتملها: فالصّيف حار يابس، والخريف بارد يابس، والشتاء بارد رطب، والربيع حار رطب؛ فإن كان مرضه من أحد هذه.. تم علاجه في الفصل المضاد له فيه، أو من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين مضادّين فكانت السنة تمام ما يعرف به الحال، يعني أنّ العجز إن كان من فرط الحرارة.. فيتداوى بما يضاده من البرودة، أو بالعكس من ذلك، وإن كان من فرط الحرارة واليبوسة معاً.. فيتداوى بما يضادها من البرودة والرطوبة، أو بالعكس؛ فإذا مضت السنة ولم يصل إليها.. تبيّن أن العجز بآفة أصلية، ففات الإمساك بالمعروف، ووجب التّسريح بالإحسان؛ فإذا امتنع عنه.. ناب القاضي منابه، فيفرق بينهما.

(إن طلبته)، أي: التّفريق، وإنما اشترط الطلب؛ لأن التّفريق حقّها، فلا بد من طلبها لو لم تكن رتقاء، وإن كانت رتقاء.. فلا حق لها في الفرقة على ما صرّح به في «فتح القدير».

ولا تبطل هذه المطالبة بترك الخصومة وإن طال الزمان، ما لم ترض بذلك، حتى لو وجدته عنيناً ولم تخاصم زماناً.. لم يبطل حقّها، وكذا لو رفعت الأمر إلى القاضي وأجّله سنة ومضت السنة ولم تخاصم زماناً.. لم يبطل حقّها؛ لأنها قد لا تقدر على المخاصمة في كلّ وقت، وعلى تقدير قدرتها قد يأخره للتجربة والامتحان لا للرضاء، ولو وصل إليها مرّة، ثم عجز.. ليس لها حق الخصومة؛ لأن حقها في

وطئه واحدة؛ لحصول المقصود بها من تأكد المهر وثبوت الإحصان، وما زاد عليها: لا يجب حكماً، ويجب ديانة.

بخلاف ما لو وصل إليها، ثم وقعت الفرقة بالعنّة، ثم تزوجها بعقد جديد.. كان لها حقّ الخصومة، ويؤجل؛ كما يؤجّل [٤٧٢/ب] العنّين على ما في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: لو تزوج امرأة ولم يصل إليها وفرّق القاضي بينهما بعد مضي الأجل، ثم تزوّجها مرّة أخرى بعقد آخر.. لا خصومة لها، ولو تزوّج امرأة ولم يصل إليها وفرّق القاضي بينهما بالعنة، ثم تزوّج هذا الرّجل امرأة أخرى تعلم بحاله مع المرأة الأولى.. اختلفت الرّوايات فيه، والصّحيح: أنّ للثانية حق الخصومة؛ لأن الإنسان قد يعجز عن امرأته، ولا يعجز عن غيرها.

وفي «فتح القدير»: ولو وجدت امرأة كبيرة زوجها الصغير عنيناً.. ينتظر بلوغه؛ لأن للصبا أثراً في عدم الشّهوة. انتهى.

يعني لا يؤجّل له قبل البلوغ.

وقال في «قاضي خان»: والغلام الذي هو ابن أربع عشرة سنة إذا لم يصل امرأته وله امرأة أخرى يجامعها، أو يجامع الجارية.. كان للمرأة أن تخاصمه، ويؤجل سنة.

ولو وجدت زوجها مريضاً لا يقدر على الجماع.. لا يؤجل ما لم يصح وإن طال المرض، وهذا يؤيّد ما ذكرناه من «فتح القدير»: من أن الصبي لا يؤجل ما لم يبلغ.

ولو وجدت زوجها المجنون عنيناً.. يخاصم عنه وليّه ويؤجل سنة؛ لأن الجنون لا يعدم الشهوة، بخلاف ما لو وجدته مجبوباً وطلبت الفرقة.. فإنه لا فائدة في انتظار بلوغه؛ لأن الآلة المقطوعة لا تنبت، فيجعل وليّه خصماً، وإلا.. نصب القاضي عنه خصماً وفرق للحال ولا يؤجل.

وَهُوَ طَلْقَةٌ بائنةٌ.

ولو جاء الولي في المسألتين ببينة على رضاها بعنته أو جبه، أو على علمها بحاله عند العقد.. لزم النكاح ولا يفرق بينهما.

ولو كانت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرّق بطلب الوكيل؟

لم يذكره محمّد، واختلفوا فيه.

ولو اختلفا في الجب فادعته، فأنكره.. يريه رجلاً؛ فإن أمكن علمه به بالجس من وراء ثوب.. لا يكشف عورته وإن لم يتيقّن ذلك، وإلا.. يكشفها للضرورة.

ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة إلى سنتين.. يثبت نسبه منه، ولا يبطل التّفريق، بخلافه في العنين، حيث يثبت نسبه منه ويبطل التفريق بذلك؛ لأنه لما ثبت نسبه منه.. لم يبق عنيناً، كذا ذكره في «الغاية» وتعقبه في «الزيلعي»: بأنه وقع الطّلاق بتفريقه وهو بائن، فكيف يبطل بعد وقوعه؟

ألا ترى أنها لو أقرّت بعد التفريق أنه كان قد وصل إليها.. لا يبطل التفريق. انتهى.

والجواب: أن التفريق في الجب والعنة، إنما ثبت بناء على ثبوت العنة والجب، وبثبوت النسب من المجبوب.. لم يزل جبه، بل هو مجبوب كما كان، فلم يبطل التفريق لقيام علته، بخلاف ثبوته من العنين؛ فإن ثبوت النسب منه: بزوال العنة، فيظهر بطلان التفريق لزوال علّته، وإلى هذا الجواب أشار صاحب «الغاية» بقوله: لأنه لما ثبت نسبه.. لم يبق عنيناً، بخلاف إقرارها بعد التفريق بالوطء؛ لأنه يحتمل الكذب، بل هي به مناقضة، فلا يبطل القضاء بالفرقة.

(وهو)، أي: التفريق (**طلقة بائنة**)؛ لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج؛ فكأنه طلّقها بنفسه [٤٧٣/أ].

وقال الشافعي: هو فسخ؛ لأنه فرق من جهتها، لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا بعد التمام، والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ: فسخ قبل التّمام، فكان

فَلَو قَالَ: «وَطِئتُ» وَأنْكَرَت؛ إِن كَانَ قبلَ التَّأْجِيلِ؛ فَإِن كَانَت ثَيِّباً أَو بكراً فنظرنَ إِلَيْهَا فَقُلْنَ: هِيَ ثيِّبٌ فَالْقَوْلُ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ، ....

في معنى الامتناع من التمام، بخلاف ما نحن فيه؛ لأنه فرقة بعد التمام، فلا يقبلها؛ كما لا يقبل الفسخ بالإقالة، وإنما تقع التطليقة بائنة ؛ لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلّا بها ؛ لأنها لو لم تكن بائنة.. لزم أن لا تكون ذات زوج، ولا مطلقة.

أما الأول: فلفوات المقصود: وهو الوطء.

وأما الثاني: فلأنها تحت زوج، فلا يحصل دفع الظلم، ولها كمال المهر إن خلا بها؛ لأن خلوة العنّين صحيحة؛ لتسليمها البضع، وتجب العدة؛ لتوهم الشغل احتياطاً، هذا إذا أقر الزوج بعدم الوصول.

وأما إذا ادّعى الوصول.. فإليه أشار بقوله: (**فلو قال: وطئت، وأنكرت**) الزوجة (**إن كان**) هذا الاختلاف (**قبل التأجيل؛ فإن كانت ثيباً، أو بكراً فنظرن**)، أي: النساء (**إليها**)، أي: إلى البكر (**فقلن: هي ثيب**)، ففي الصورتين (**..فالقول له مع يمينه**).

أما في الصوّرة الأولى، أعني: كونها ثيباً في الواقع؛ فلأنه ينكر استحقاقه حق الفرقة عليه حقيقة، وإن كان مدعياً للوصول إليها صورة، والأصل في الجبلة: السّلامة، فكان الظاهر شاهداً له، والقول قول من يشهد له الظاهر، ثم إن حلف بالله لقد أصبتها.. بطل حقّها، وإن نكل.. يؤجّل سنة.

فإذا تمت السنة؛ فإن ادّعت عدم الوصول إليها:

فإن صدقها.. خيرّت لثبوت حقّها بالتّصادق.

وإن أنكر.. فالقول له أيضاً مع يمينه لما ذكرناه.

ثم إن حلف.. فهي امرأته، وإن نكل.. خيّرت لما ذكرناه.

وأما في الصورة الثانية، أعني: كونها ثيباً بإخبار النساء.. فلإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر من الوثبة وغيرها، فيشترط اليمين مع شهادتهّن؛ ليكون حجة.

وَإِن قُلْنَ هِيَ بِكرٌ.. أُجِّلَ.

وَكَذَا إِن نَكَلَ.

وَإِن كَانَ بعدَ التَّأْجِيلِ وَهِيَ ثيِّبٌ أَو بكرٌ وقُلنَ: ثيِّبٌ.. فَالْقَوْلُ لَهُ، وَإِن قُلْنَ بِكرٌ.. خُيِّرت.

وَكَذَا إِن نكلَ.

فإن حلف.. فلا حق لها، وإن نكل.. يؤجل سنة.

(وإن قلن: هي بكر.. أُجِّل) سنة.

اختلفوا في معرفة أنها بكر، أو ثيب:

قيل: يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج؛ فإن دخل بلا عنف.. فثيب، وإلا.. بكر.

وقيل: إن أمكنها أن تبول على الجدار.. فبكر، وإلّا.. فثيب.

وقيل: تكسر البيضة فتصب في فرجها؛ فإن دخلت.. فثيب، وإلا.. فبكر.

(وكذا إن نكل)، أي: يؤجل سنة إن نكل عن اليمين في الابتداء؛ سواء كانت ثيباً، أو بكراً وقت النكاح على ما ذكرناه آنفاً، وهذا إذا كان الاختلاف بينهما في الابتداء.

(وإن كان) الاختلاف بينهما (بعد التأجيل)، أي: في آخر السنة (وهي ثيب)، أي: وقت النكاح، (أو بكر)، أي: وقت النكاح، (وقلن)، أي: النساء: (ثيب)؛ أي: في آخر السنة (..فالقول له)، أي: مع يمنيه في الصورتين على ما ذكرناه.

(وإن قلن)، أي: في آخر السنة: (بكر.. خيرت) بين الإقامة معه، وبين الفرقة.

(وكذا)، أي: خيرت بين الإقامة معه، والفرقة.

(إن نكل) الزوج عن اليمين.

والحاصل: أن إراءة البكر للنساء مرّتين: مرة في الابتداء قبل الأجل؛ للتأجيل،

وَمَتى اختارَتْهُ.. بَطلَ خِيَارُهَا.

والخصيُّ كالعِنِّينِ والمجبوبِ.. يُفَرِّقُ في الْحَالِ.

وَحقُّ التَّفْرِيقِ فِي الْأَمَةِ للْمولى عِنْدَ الإِمَامِ.

ومرّة في الانتهاء بعد التأجيل [٤٧٣/ب] للتّخيير؛ فإن قلن: هي بكر، أو نكل.. خيّرت؛ لتأيّد دعوى المرأة بإخبارهنّ بنكول الزّوج عن اليمين.

(ومتى اختارته.. بطل خيارها)؛ لأنها رضيت ببطلان حقّها، وكذا بطل خيارها إذا قامت من مجلسها، أو أقامها أعوان القاضي، أو قام القاضي قبل أن تختار شيئاً؛ لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته، وذلك يتوقف بالمجلس، فكذا هذا، والتّفريق كان لحقّها؛ فإذا رضيت بالإسقاط صريحاً، أو دلالة بتأخير الاختيار إلى أن قامت، أو أقيمت.. سقط حقّها، فلا تطالب بعد ذلك لشيء؛ فإن اختارت الفرقة.. أمر القاضي الزوج بأن يطلّقها بائنة، وإن أبى.. فرّق القاضي بينهما.

وقيل: تقع الفرقة بمجرّد اختيارها، ولا يحتاج إلى القضاء؛ كما في خيار العتق، وخيار المخيرة.

ولو فرّق بينهما فتزوّجها ثانياً.. لم يكن لها خيار لرضاها بحاله.

وإن تزوج امرأة أخرى عالمة بحاله مع المرأة الأولى.. لا خيار لها في رواية «الأصل»، ولها الخيار عند الحصّاف، والفتوى على الأوّل، وقد ذكرناه من قبل.

(والخصي) هو من كانت آلته قائمة ونزعت (كالعنين) في التأجيل بالسنة؛ لأن الآلة متى كانت قائمة.. يرجى منه الوطء.

(والمجبوب: يفرّق في الحال)؛ لعدم الفائدة في الانتظار والتأجيل؛ لأن الآلة المقطوعة لا تبنت، هذا قبل الوصول إليها، وأما الواجب، بعد الوصول إليها.. فلا خيار لها؛ كما إذا صار عنيناً بعد الوصول، وقد ذكرناه من قبل مفصّلاً.

(وحق التفريق في الأمة للمولى)، يعني: أن زوج الأمة إذا كان عنيناً أو مجبوباً.. كان الخيار في ذلك إلى المولى (عند الإمام)، وزفر معه.

وَلها: عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ.

وَلَا خِيَارَ لَهَا إِن وَجَدَت بِهِ جنوناً، أَو جُذاماً، أَو بَرَصاً، خلافاً لمُحَمَّدٍ.

وَلَا لَهُ لَو وجدَ بهَا ذَلِكَ، أَو رَتْقاً أَو قَرَناً.

(ولها)، أي: حقّ التفريق للأمة (عند أبي يوسف)، له: أنها تملكت منفعة بضعها فحق الطلب لها؛ كما في العزل.

ولأبي حنيفة: أن الحق للمولى، كما في العزل عنده؛ فإن رضي المولى.. لا حق للأمة، ومحمد مع أبي حنيفة عند بعضهم، ومع أبي يوسف عند بعضهم.

(ولا خيار لها)، أي: لا خيار للمرأة في فسخ النكاح (إن وجدت به)، أي: بالزوج (جنوناً، أو جذاماً، أو برصاً، خلافاً لمحمّد)، قال: تعذر عليها الوصول إلى حقها؛ لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنّة، فتخير دفعاً للضرر عنها، حيث لا طريق لها سواه، بخلاف جانبه؛ لأنه متمكن من دفع الضرر عنه بالطّلاق.

ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الأصل: عدم الخيار، لما فيه من إبطال حقّ الزوج، وإنما ثبت في الجب والعنّة؛ لأنهما يخلان بالمقصود بالنكاح، بخلاف هذه العيوب.

(ولا له لو وجد بها)، أي: بالمرأة (ذلك) العيوب الثلاثة المذكورة.

(أو رتقاً) بفتح التاء: مصدر، يقال: امرأة رتقاء لا يستطيع جماعها؛ لارتياق ذلك الموضع، أي: لإنسداده.

(أو قرناً) بسكون الراء: هو إما غدة غليظة، أو لحمة مرتَتِقَةٌ، أو عظم يمنع من سلوك الذكر في الفرج على ما في «المغرب».

وقال الشافعي: يرد بهذه العيوب الخمسة؛ لأنها تمنع الاستيفاء حساً، أو طبعاً.

ولنا: أنّ هذه العيوب لا تفوت المستحق بالعقد وهو الوطء، بل توجب فيه خللاً، وفواته بالموت قبل التسليم لا يوجب الفسخ، حتى لا يسقط شيء من مهرها، فاختلاله [٤٧٤/أ] بهذه العيوب أولى أن لا يوجب.

* * *

(بَابُ الْعِدَّة)

هِيَ تربُّص يلْزمُ الْمَرْأَةَ.

(بَابُ العِدَّة)

(هي) في اللغة: أيّام أقراء المرأة على ما في «المصباح».

وفي الشريعة: (تربّص يلزم المرأة) عند زوال النكاح المتأكد بالدخول، أو ما يقوم مقامه من الخلوة الصّحيحة والموت، كذا في «فتح القدير».

ثم قال: وينبغي أن يزاد: «وشبهتِه» بالجر عطفاً على «النكاح».

ثم ذكر عند قول صاحب «الهداية»: وإذا وطئت المُعْتَدَّة بشبهة، أنّ الوطء بشبهةٍ يتحقق بصور:

منها: المرأة التي زفت إلى غير زوجها.

والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدّة بنكاح قبل زوج آخر، إذا قال: ظننت أنها تحلّ لي.

والتي طلّقها بالكناية، ثم وطئها في العدّة.

أو كانت في عدّة فوطئها آخر بشبهة.

أو كانت في عصمة زوج فوطئها آخر بشبهة، ثم طلّقها الزوج. انتهى.

وقال في «البحر»: يدخل تحت قوله: «وشبهته»: النكاحُ الفاسد، ومن زفت إليه غير امرأته فوطئها، ولكن خرج عن التعريف عدّة أم الولد، إذا مات مولاها أو أعتقها.. فإن العدّة لها واجبة عندنا.. مع أنها لم تكن عند زوال النكاح وشبهته.

والجواب عنه: أن المزال عن أم الولد عند موت مولاها، أو إعتاقها: هو الفراش الصحيح، وهذا يشبه النكاح الصحيح من حيث الحكم.

وأما سبب وجوبها: فهو على ما في «فتح القدير» و«كمال الدراية»: النكاح المتأكد بالدخول، أو الخلوة الصحيحة، أو الموت، أو شبهته، وزوال ذلك النكاح، أو شبهته: شرطها.

وقال في «البدائع»: سبب وجوبها في عدّة النكاح الصحيح: الفرقة بطلاق، أو بغير طلاق بعد وطء، أو خلوة صحيحة.

وفي عدّة النكاح الفاسد: هو تفريق القاضي، أو المتاركة بعد الوطء حقيقة.

وفي عدّة الوطء عن شبهة: هو الوطء.

وفي عدّة أم الولد: إعتاق المولى، أو موته.

والظاهر: ما ذكرناه من «فتح القدير» من أن السبب: هو النكاح، أو شبهته، أو زواله: هو الشرط؛ لأن الطلاق والموت لا يصلحان للسببية؛ لأنهما مزيلان للنكاح، والشيء إذا زال.. يزول بجميع آثاره، كذا في «البحر» عن «المصفى».

وأما ركنها: فقد قالوا: إن ركنها حرمات ثابتة عند الفرقة، أعني: حرمة تزوّجها على الغير، وحرمة خروجها، وحرمة تزينها.

وقال في «فتح القدير»: وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف: هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات؛ لأنها لزومات، وإلا.. فالتّربص فعل المرأة، والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه، وعلى هذا: فما قيل في حكمها: إنه حرمة نكاحها غيره عليها، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها.. لا يصح؛ لأن الحرمات التي يثبت عند الفرقة ركنها على ما قالوا، وحرمة تزوجها بغيره من جملة تلك الحرمات، فكيف يكون من أحكامها؟!

نعم؛ حرمة تزوجه بأختها وأربع سواها لا تكون من العدة، فتكون من حكم عدتها، ولا شك أنه معنى كون الزوج في العدة: أنه كالزّوجة؛ لأن معنى العدّة

وجوب الانتظار بالتزوج إلى مضيّ المدة وهو كذلك، فهو أيضاً في العدّة، غير أن اسم العدّة في اصطلاح الشرع خصّ بتربصها [٤٧٤/ب] لا بتربّصه.

ولهذا قال في الكتاب: يلزم المرأة، ولكنه يرد عليه عدّة الصغيرة؛ إذ لا لزوم عليها في حقّها ولا تربص واجب، ولهذا يطلق أكثر المشايخ لفظ الوجوب على عدّة الصغيرة؛ لعدم خطابها، وإنما يقولون تعتد، وهذا عندنا.

وقال الشافعي: ركنها: كف النفس عن الحرمات في مدّة معينة، ومن هذا الخلاف قالوا: إنه إذا وجب كفٌّ عنها في مدةٍ عن رجل، وكفٌّ آخر كذلك عن رجل آخر.. يتداخلان وتنقضيان بمدّة واحدة عندنا لا عنده.

قال: لأن هذا الكف عبادة، والعبادات لا تتداخل، إنما التداخل لائق بالعقوبات، ألا ترى أنّ من وجب عليه الكف عن شهوتين في يوم بسبب، ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد؟

ولنا: أن الركن لما كان نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة، واجتماع الحرمات في شيء واحد.. ممكن؛ كحرمة الخروج وحرمة التزوج فيما نحن فيه، في زمان واحد، بأسباب مختلفة، وكحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها في نهار رمضان للصائم أمكن التداخل فيها.

وقوله: والعبادات لا تتداخل.

قلنا: معنى العبادة فيها: تابع لا متبوع؛ بدليل تحققها في حقّ من لا تصح العبادة منه؛ كالمجنونة والصغيرة، وإنما المقصود الأصلي منها: معرفة فراغ الرحم وإظهار حظر النكاح والبضع وقد يجتمع ذلك؛ كما في ذوات الأقراء، وقد لا يجتمع؛ كما في الآيسة والصغيرة.

قال في «فتح القدير»: لا شك أنه يثبت عند تمام سبب العدّة أمور: هي حرمة الخروج، وحرمة الزينة، وحرمة التزوج في مدّة معينة، تنتهي تلك الحرمات بانتهائها

عِدَّةُ الْحرَّةِ للطَّلَاقِ أَو الْفَسْخِ:

ووجوب التربص في تلك المدة أيضاً الثابت بقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ ﴾، ولا شك أيضاً أن العدّة تطلق على كل من تلك الأمور:

أما على التربص.. ففي قولنا: وجبت العدّة ونحوه، وهذا؛ لأن الوجوب يتعلق بالأفعال.

وأما على نفس المدة: ففي قولنا: انقضت العدة.

وأما على نفس تلك الحرمات: فلكونها ركناً لها، لكن الشأن في بيان أن مسمّى لفظ العدّة في الشرع ماذا؟ فالذي يفيده حقيقة قوله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾، أنه نفس المدة الخاصة التي تعلقت بالحرمات فيها وتقيّدت بها، لا الحرمات الثابتة فيها، ولا وجوب الكف، ولا التربص، وقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ﴾ إنما يفيد لزوم التربص، لا أنه مسمّى لفظ العدّة، ولا يخفى عليك أن هذا تحقيق منه، مخالف لما اشتهر فيما بينهم من أن ركنها هي الحرمات في مدة معينة على ما مرّ.

(**عدة الحرة**) مسلمة كانت، أو كتابية تحت مسلم، صغيرة، أو كبيرة، أو آيسة، زوجها حرّ، أو عبد.

(**للطلاق أو الفسخ**) بسبب مثل خيار العتق، أو البلوغ، أو ملك أحد الزوجين صاحبه، أو ارتداد أحدهما: أو بتلفظ كلمة الكفر، أو عدم الكفاءة، أو تقبيلها ابن زوجها، أو بسبب تفريق القاضي للعنة.

وفي «فتح القدير»: أن الطلاق أعم من الرجعي، والبائن، وطلاق الخلع، واللّعان، خلافاً لمن قال: عدّة المختلعة حيضة واحدة [٤٧٥/أ].

قيل: هو بناء على أنه فسخ، والحق: أنه ابتداء لا بناء عليه؛ لما تقدم في «باب الخلع» من المنقول؛ إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثراً في نقصان العدّة، ولذا وجب ثلاثة أقراء في الفسخ بخيار البلوغ ونحوه. انتهى.

ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ؛ ....

ومراده بالمنقول: ما رواه في «باب الخلع» من حديث عثمان قال: ولا عدّة على المختلعة، إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة؛ خشية أن يكون بها حبل، ثم تكلم في ثبوته، فارجع إليه.

وقال في «الخلاصة» عن «مجموع النوازل»: الطلاق البائن؛ كالثلاث، ثم ذكر عن صدر الشهيد: أنه لم يجعل الطلاق على مال والخلع.. كالثلاث.

(ثلاثة قروء)، أي: حرمات ثابتة في مدة ثلاثة أقراء، وهذا لما ذكرناه من أن ركن العدة: هي الحرمات الثابتة في مدة معيّنة، وأما بناء على ما نقلناه من «فتح القدير» من أنّ مسمّى العدّة هو المدة المعينة لا الحرمات.. فلا حاجة إلى هذا التّقدير، والمراد بالحرة ههنا: هي التي تحقّق حيضها ولم تبلغ الإياس، سواء كانت تحيض، أو لا، حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام، ثم انقطع سنة، أو أكثر.. لم تنقض عدّتها حتى تحيض ثلاثة حيض، أو تدخل الإياس فتعتد بالأشهر، بخلاف ما لم تر شيئاً، أو رأت أقل من ثلاثة أيّام.. فإنها تعتد بالأشهر، كذا في «فتح القدير».

ثم ابتداء هذه العدّة من وقت الطلاق، أو الفسخ على ما سيأتي ذكره، هذا وأما إضافة «ثلاثة» إلى «قروء»، فقال الأصمعي: إن هذه الإضافة على غير قياس، والقياس ثلاثة أقراء؛ لأنه جمع قلّة؛ مثل ثلاثة أفلس، ولا يقال ثلاثة فلوس، فأوّله النحاة بأن تقديره ثلاثة من قروء؛ لأن العدد يضاف إلى مميّزه، وهو من ثلاثة إلى عشرة قليل، والمميّز هو المميَّز، فلا يميز القليل بالكثير، قال: ويحتمل عندي أن يكون قد وضع أحد الجمعين موضع الآخر اتساعاً لفهم المعنى.

وذهب بعضهم: إلى أن مميز الثلاثة إلى العشرة.. يجوز أن يكون جمع كثرة من غير تأويل، فيقال: خمسة كلاب وستة عبيد، ولا يجب عند هذا القائل أن يقال: خمسة أكلب، ولا ستة أعبد، كذا في «المصباح».

أَي: حِيَضٍ.

ثم القروء: جمع قرء بفتح القاف، وأمّا القرء: بالضم فجمعه أقراء، مثل فُعْل وأفعال على ما في «المصباح» لكن صاحب «الكشاف» صرّح في تفسيره: بأن القروء: جمع قرء، وقرء بالفتح والكسر.

(أي حيض)؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾، والفرقة بغير طلاق بسبب من الأسباب المذكورة: في معنى الطلاق؛ لأن العدّة وجبت، لتعرف براءة الرحم، أو لإظهار حظر النكاح والبضع، وهذا المعنى يتحقق في الفرقة بغير طلاق أيضاً، فيلحق بالطلاق.

والمراد بالقرء ههنا: الحيض عندنا، ولهذا فسره المصنف به.

وقال مالك والشافعي: الطهر.

قلنا: اللفظ مشترك بينهما على ما نقل عن ابن السكيت لا مجاز في أحدهما؛ لأنه من الأضداد، ولا يجوز استعمال أحد الضدين في الآخر مجازاً عند أهل الأصول والفقه؛ إذ لا مناسبة بين الضدين، ولا بد من المناسبة في المجاز؛ فإذا كان [٤٧٥/ب] مشتركاً بينهما.. لا يمكن إرادتهما معاً؛ لبطلان عموم المشترك، فلا بد من الحمل على أحدهما، والحمل على الحيض أولى لوجوه:

منها: العمل بلفظ الجمع، أي: القروء ؛ فإن أقلّ الجمع ثلاثة، وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر؛ لأن الطلاق يوقع في طهر على ما هو السنة فيه؛ فإن احتسب ذلك الطهر عن الأقراء على ما مذهب من يقول: إنه طهر.. فيكون حينئذ مدة عدّتها قرئين، وبعض قرء، فيبطل العمل بصيغة الجمع بالنقصان عن مدلولها.

فإن قيل: ذلك جائز كما في قوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾.

قلنا: ذلك في الجمع المجرّد عن العدد، وأما الجمع المقرون بالعدد؛ كما فيما نحن فيه.. فلا يجوز ذلك؛ لأن لفظة «ثلاثة» خاص في مدلولها على ما في

وَكَذَا فيمن وَطِئت بِشُبْهَةٍ ....

«الأصول»، فلا يجوز النقصان والزيادة عنه، وإن لم يحتسب ذلك الطهر عن الأقراء.. لزم الزيادة على مدلولها، وذلك باطل أيضاً على ما ذكرناه.

ومنها: أن العدة؛ لبراءة الرّحم، وذلك بالحيض لا بالطّهر؛ لأن الحمل طهر ممتد، فلا يحصل التعرف بأنها حامل.

ومنها: قوله ﷺ: «وعدة الأمة حيضتان»؛ لأن الرق إنما يؤثر في تنصيف ما في الحرة، لا في النقل من الطهر إلى الحيض، فيلحق بياناً بالمشترك في الكتاب؛ فإن قيل: قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ نصّ في أن العدّة هي الطهر؛ لأن «اللام» بمعنى «في» على ما صرّح به بعض العلماء، والطلاق يوقع في الطهر فكان المعنى فطلّقوهن في عدّتهن التي هي الطهر.

قلنا: ممنوع، بل معناها: فطلّقوهنّ لاستقبال عدّتهن؛ كما يقال: دخلت المدنية لخمس بقين من الشهر، وإلّا.. لزم أن تكون العدّة متقدمة على الطّلاق حتى يقع فيها، وهذا باطل، وحمل «اللام» على معنى «في» مخالف لاستعمال أهل اللغة.

(وكذا)، أي: العدّة ثلاث حيض (**فيمن وطئت بشبهة**)، قد ذكرنا في أول الباب نقلاً عن «الفتح» أن الوطء بشبهة يتحقق في صور، فارجع إليها، ولنزد عليها ههنا، فاعلم أنّ المراد بالشبهة ههنا: هي الشبهة في المحل، لا الشبهة في الفعل؛ لأن الوطء بالشبهة في الفعل لا يثبت به النسب، ولا العدة؛ لأنه بمحض زنا، والزنا لا يثبت منه النسب، ولا العدّة، بل يجب فيه الحدّ، إلا إن قال: ظننت أنها تحل، ولم أعلم حرمتها.. فحينئذٍ يندرئ عنه الحد على ما سيأتي في «كتاب الحدود»، ويثبت فيه النسب، وتجب العدّة؛ لأنه حينئذ يرجع إلى الشبهة في المحل؛ لأن ظنه دليلاً.

بخلاف الشبهة في المحل؛ فإنه يثبت فيه النسب وتجب العدّة، **فالشبهة في الفعل في مواضع**، وهي:

وطئ جارية أبيه وجدّه، وإن علا.

ووطئ جارية أمّة وجدّته، وإن علت.

ووطئ جارية زوجته.

ووطئ مطلقته ثلاثاً في العدة.

ووطئ مطلقته على مال في العدة.

ووطئ مختلعته في العدة.

ووطئ أم ولده التي أعتقها في العدة.

ووطئ العبد جارية سيّده.

ووطئ المرتهن الجارية المرهونة على الأصح.

والشبهة في المحل في ست مواضع وهي: وطئ جارية ابنه.

ووطئ مطلّقته بائناً بالكنايات في العدة.

ووطئ [٤٧٦/أ] البائع الجارية المبيعة قبل تسليمها إلى المشتري.

ووطئ الزّوج الجارية المجعولة مهراً قبل تسليمها إلى الزوجة.

ووطئ الجارية التي هي مشتركة بينه وبين غيره.

ووطئ الجارية المرهونة في رواية.

فإن قيل: إنّهم صرّحوا أنّ وطء المطلّقة ثلاثاً، أو بائناً على مال، ووطء المختلعة في العدة.. يثبت منها النسب، وإذا ثبت النسب.. تجب العدّة أيضاً.

أجيب عنه: بأن ثبوت النسب منها ليس باعتبار الوطء في العدة، بل باعتبار علوق سابق على الطلاق، ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت إلى أقلّ من سنتين، ولا يثبت لتمام السنتين؛ لأنه إذا كان أقل من سنتين.. أمكن اعتبار العلوق قبل الطّلاق، بخلاف ما إذا كان لتمام السّنتين.. فلا يلزم من ثبوت النسب بهذا الوجه وجوب العدّة من هذا الوطء.

أَو بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ ....

قلت: إنما ثبت النسب والعدة في وطء المطلقة الثلاثة والمختلعة في العدّة باعتبار رجوع الشبهة فيهما إلى المحل على ما ذكرناه آنفاً، لا باعتبار كون الشبهة فيهما في الفعل.

وقال أبو حنيفة: إن الشبهة كما تثبت بالفعل والمحل.. كذلك تثبت بالعقد، وإن كان العقد متفقاً على تحريمه وهو عالم به.

وقالا: لا يثبت بهذه الشبهة إذا علم بتحريمه، ويظهر ذلك في نكاح المحارم.

وذكر صاحب «المحيط» في شبهة العقد: وطئ المنكوحة بغير شهود، أو بغير إذن مولاها وهي أمة، ووطئ العبد من تزوجها بغير إذن سيدها، (**أو**) وطئت (**بنكاح فاسد**)، وفيه إشارة إلى ردّ ما في «البحر» وقد ذكرناه في أوّل الباب، من أنه أدرج الوطء بالنكاح الفاسد تحت الوطء بشبهة، وهو جيّد؛ إذ لا بد في العقود الفاسدة من صورة العقد، بخلاف الشبهة فتقابلا، اللهمّ إلا أن تعم الشبهة بالمحلّ والشبهة بالعقد على ما ذكرناه.

والوطء بنكاح فاسد؛ كوطء المنكوحة بغير شهود، ووطء المنكوحة في العدة، والمنكوحة لمحرمها، غير عالم بالحرمة عند أبي حنيفة، خلافاً لهما على ما في «فتح القدير»، والمنكوحة بنكاح المؤقت والمتعة.

ولو تزوج منكوحة الغير، وهو لا يعلم أنها منكوحة الغير ودخل بها.. تجب العدة، وإن كان يعلم أنها منكوحة الغير.. لا تجب العدّة بالدخول، حتى لا يحرم على الزوج وطؤها، وبه يفتى على ما في «الخلاصة» و«البزازية» و«النّهاية».

وظهر منه: أنه لا عدّة على الموطوءة بالزنا، وقد صرحوا به.

وفي «البحر» عن «شرح المنظومة»: إذا زنت المرأة.. لا يقربها زوجها حتى تحيض؛ لاحتمال علوقها من الزنا، ويجب حفظه لقرابته.

ولو تزوج امرأة وغاب عنها قبل الدخول بها، وزوّجت المرأة نفسها بآخر، ودخل بها الآخر، ثم جاء الزوج الأول، وفرقت المرأة عن الآخر، ثم طلقها الأوّل قبل الدخول بها أيضاً، ثم أرادت المرأة أن تزوج نفسها بآخر، هل تلزمها العدّة عن الأول؟ وفتوى مشايخ الإسلام: على أنها.. لا تلزم؛ لأنه طلاق قبل الدخول.

وظهر منه: أن الزوج الأول لو كان دخل قبل الغيبة، أو بعدها، ثم طلقها.. لزمها العدّة [٤٧٦/ب] من الأوّل للثاني؛ كما تجب لها العدّة من الثاني للأوّل لو دخل بها الثاني.

وهل يجوز لها الإقامة مع زوجها الأوّل في عدّة النكاح الفاسد؟

قال في «البحر» نقلاً عن القاضي الإسبيجابي وللموطوءة بشبهة أن تقيم مع زوجها الأوّل، ونفقتها وسكناها على زوجها الأوّل ؛ لأن النكاح بينهما قائم، وإنما حرم عليه وطؤها قبل انقضاء العدّة، وليس لها أن تخرج إلّا بإذن زوجها الأوّل؛ فإن أذن لها.. فلها أن تخرج وإن لم تنقض عدّتها.

وقال: ومراد القاضي: إذا لم تكن المرأة راضية بالوطء؛ أما إذا كانت راضية عالمة.. فلا نفقة لها، ولهذا قال في «الخانية» المنكوحة إذا تزوّجت رجلاً ودخل بها الثاني، ثم فرّق بينهما.. لا يجب على الزوج الأوّل نفقتها ما دامت في العدة؛ لأنه لما وجبت العدّة عليها.. صارت ناشزة، وما تفرع على أن الوطء المحرّم لا يوجب العدّة والوطء بشبهة يوجبها ما ذكره في «البزازية»؛ حيث قال فيها: طلقها ثلاثاً ووطئها في العدّة مع العلم بالحرمة.. لا يستأنف العدّة، وتنقضي العدّة بثلاث حيض ويرجمان إذا علما بالحرمة ووجد شرائط الإحصان.

ولو كان منكراً طلاقها.. لا تنقضي العدة، ولو ادعى الشبهة.. تستقبل. انتهى.

ويوضحه ما ذكره في «فتح القدير»، قال: تنقضي عدّة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم، بأن وطئها وهي مُعْتَدَّة عالماً بحرمتها، بخلاف ما لو ادّعى الشبهة، أو كان منكراً طلاقها.. فإنها لا تنقضي عدتها، بل تستقبل العدة. انتهى.

وهكذا في «الخلاصة» في الجنس الثاني من فصل العدّة.

و«الباء» في قوله: بالوطء بالمحرّم بمعنى «مع» على ما صرح به في «البحر».

وهل تجب العدّة للوطء بنكاح موقوف قبل الإجازة؟

ففي «البحر»: إن المنكوحة نكاحاً موقوفاً؛ كنكاح الفضولي.. لا تجب فيه العدّة قبل الإجازة؛ لأن النسب يثبت فيه؛ لأنه موقوف، فلم ينعقد في حق حكمه، فلا يورث شبهة الملك، والحلّ والعدة وجبت صيانة للماء المحترم عن الخلط، واحترازاً عن اشتباه الأنساب. عزاه إلى «الاختيار» و«المحيط».

وقال: وهو مشكل مخالف؛ لما نقله «الزيلعي» في النكاح الفاسد: إذا تزوجت الجارية بغير إذن مولاها، ودخل بها الزّوج وولدت لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج.. فهو من الزوج، فقد اعتبره من وقت النكاح، لا من وقت الدخول، ولم يحك خلافاً.

وقال الحلواني: هذه المسألة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد في النكاح الفاسد، خلافاً لما يقوله البعض: إنه لا ينعقد إلا بالدخول. انتهى.

فهذا صريح في ثبوت النسب فيه، وتبعه وجوب العدّة، فكان ما في «المحيط» و«الاختيار» سهواً. انتهى ما في «البحر».

ويمكن أن يقال: إن ما في «المحيط» و«الاختيار» بناء على ما قاله البعض من أنّ الفراش لا ينعقد في النكاح الموقوف والفاسد إلا بالدخول، ويؤيّد هذا القول: ما قالوا: أن ثبوت الملك في البيع الفاسد.. يتوقف على القبض، ولا يثبت بمجرّد العقد فنسبته السّهو إليهما ليس على ما ينبغي.

وَفُرِّقتِ أَو مَاتَ عَنْهَا، وَأُمُّ ولدٍ عَتَقَتْ أَو مَاتَ عَنْهَا مَوْلَاهَا.

(**وفرقت**) [٤٧٧/أ] (**أو مات**)، أي: الزّوج (**عنها**) وهذا؛ لأن العدّة للتعرف لبراءة الرّحم والحيض هو المعرف، ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي بحيضة واحدة، أو شهر واحد؛ كما في الاستبراء، وليس كذلك.

أجيب: بأنها إنما كانت ثلاث حيض إلحاقاً للشبهة بالحقيقة؛ فإن أحكام الفاسد يؤخذ من الصحيح أبداً بالنص؛ كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة.. فإنها يفيدان إفادة الصّحيح، غير أنّ ثبوت الملك في الفاسد يتوقف على القبض، ويثبت به أجر المثل إلا المسمّى، لما فيه من الضعف، وههنا لم يثبت عدّة الوفاة لما فيه من الضّعف؛ لأن عدّة الوفاة لزيادة إظهار التأسف؛ لفوات نعمة النكاح، والنعمة في الصحيح دون الفاسد، ولكن لما كان فيه جهة النكاح.. الحق بالصحيح احتياطاً.

(**وكذا**)، أي: ثلاث حيض عدّة (**أم ولد عتقت أو مات عنها مولاها**)، والمراد: عدتها الواجبة عن مولاها، وأما عدّتها الواجبة عن زوجها.. فحيضتان على ما سيصرح به، قيد بأم الولد احترازاً عن الأمة المعتقة.

والمدبرة لا عدّة لها عن مولاهما؛ لما ذكره «الحاوي القدسي» قال: ومن أعتق أمته وكان يطؤها.. فلا عدّة عليها، ولها أن تتزوج من ساعته.

وقال في «البحر»: المدبرة والأمة إذا أعتقت، أو مات سيّدها.. لا عدّة عليها بالإجماع.

وقال الشافعي: حيضة واحدة؛ لأنها تجب بزوال ملك اليمين، فكان كالاستبراء، ولهذا لا يختلف بالحياة والوفاة.

قلنا: إنها وجبت بزوال الفراش الصحيح؛ لأنها تجب به فكانت كعدّة النكاح على ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود، بخلاف الاستبراء؛ لأنه إنما وجب على المولى بسبب استحداث الملك فلا مناسبة بينهما، وهذا إذا لم تكن أم الولد

منكوحة، أو مُعْتَدَّة لزوج، وإلا.. فلا تجب عليها العدّة عن مولاها بإعتاقه، ولا بموته؛ لعدم ظهور فراش المولى، ووجوب العدّة عن مولاها بزوال فراشه، هكذا ذكره في «البحر».

ثم قال: وفي التحقيق أن يقال: الشرط في وجوب عدّة المولى عليها.. أن لا تحرم هي عليه بسبب من الأسباب، وأسباب الحرمة عليه ثلاثة: نكاح الغير وعدّته، والثالث: تقبيل ابن المولى، فلا عدّة عليها بموت المولى، أو إعتاقه بعد تقبيل ابنه.

ولو أراد الرجل أن يزوج أمّ ولده غير حامل منه رجلاً آخر قبل إعتاقها، هل يلزم عليها العدّة من سيدها؟

قلت: لا يلزم عليها العدة؛ كما أفتى به مشايخ الإسلام، والأفضل الاستبراء بحيضة.

وقال في «مجموعة مؤيد زاده»: إذا أراد الرجل أن يزوج أم ولده ينبغي له أن يستبرئ بها بحيض، ثم يزوجها؛ فإن زوجها قبل أن يستبرئ بها.. جاز النكاح.

وقال فيها أيضاً: رجل أراد أن يتزوج جارية بعد وطء المولى، فالأفضل أن يستبرئ بها بحيضة، ثم يتزوجها، وكذا إذا أراد أن يتزوج المدبرة وأم الولد. انتهى.

قال في «خزانة الفقة» لأبي الليث: ستة من النساء يجوز نكاحهنّ في العدة: المختلعة يتزوّجها زوجها في العدة.

وأم الولد يعتقها سيّدها يتزوّجها.

وإذا ارتد أحد الزّوجين، ثم أسلم.. يتزوجها في العدّة [٤٧٧/ب].

والأمة إذا أعتقت فاختارت نفسها.. يتزوجها في العدّة.

والصّغيرة إذا أدركت واختارت نفسها.. يتزوجها في العدة.

والملاعن إذا أكذب نفسه.. يتزوج الملاعنة في العدّة في قول أبي حنيفة ومحمد، كذا في «فتاوى شيخ الإسلام الأنفروي».

ثم إذا كانت هي منكوحة، أو مُعْتَدَّة لزوج ومات الزوج والمولى، ولم يدر أيّهما مات أوّلاً.. فهي على أربعة أوجه:

● **الأوّل:**

- أن يعلم أن بين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام.. فعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشراً.

* لأنه إن مات المولى أولاً، ثم الزوج وهي حرّة عند وفات الزوج.. فلا تجب العدة؛ لموت المولى لكونها منكوحة عنده، وتعتد لو مات الزوج عدّة الحرة.

* وإن مات الزوج أولاً وهي أمة.. فتعتد بشهرين وخمسة أيّام، ولا تعتد لموت المولى؛ لأنها مُعْتَدَّة الزوج:

ففي حال يلزمها عدّة الأمة.

وفي حال يلزمها عدّة الحرة فأوجبناها احتياطاً.

● **الثاني**: أن بين موتهما شهرين وخمسة أيام.. فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام أيضاً للاحتياط ولم يجب للمولى عدة.

* لأنه إن مات المولى أولاً.. يلزمها عدّة لكونها منكوحة، وبعد موت الزوج يلزمها عدّة الحرة لكونها حرة.

* وإن مات الزوج أوّلاً.. يلزمها عدّة الأمة شهران وخمسة أيّام، وقد انقضت تلك.

● **والثالث:**

أن يعلم أن بين موتهما أكثر من شهرين وخمسة أيّام.

* فإن مات المولى أولاً.. فعليها عدّة الحرة بعد موت الزوج، ولا عدّة عليها للمولى لكونها منكوحة.

وَلَا يُحْتَسبُ حيضٌ طُلِّقَت فِيهِ.

وَإِن كَانَت لَا تحيضُ لِكِبَرٍ ....

---

* وإن مات الزوج أولاً، ثم المولى بعد انقضاء عدتها من الزوج.. فيجب عليها ثلث حيض فيجمع بينهما احتياطاً.

- والرابع:

أن لا يعلم كم بين موتهما، ولا الأول منهما.. فهو كالثالث عندهما؛ لاحتمال أنّ المولى مات ثانياً على ما ذكرناه، وعند أبي حنيفة: تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام؛ لاحتمال أنّ الزوج مات ثانياً.

(**ولا يحتسب حيض طلقت فيه**)، وإلا.. لزم بطلان موجب الخاص، أعني: ثلاثة قروء بالنقصان، وذلك باطل؛ فإذا لم يحتسب.. وجب تكميل تلك الحيضة ببعض الرابعة، ولمّا لم تقبل الحيضة الواحدة التجزئة.. وجب إتمام الرّابعة أيضاً على ما في «الأصول».

(**وإن كانت**)، أي: الحرة (**لا تحيض لكبر**) بأن بلغت سنّ الإياس خمس وخمسون سنة، على ما عليه «الفتوى».

وقيل: خمسون سنة.

وقيل: ستون سنة.

وقيل: ثلاث وستون سنة.

وقيل: ثلاثون.

وقيل: إنه مفوّض إلى مجتهد الزمان.

وقيل: إنه مقدر بعدم رؤية الدم مرة، أو مرتين، وقيل: بثلاث، وقيل: بستة أشهر، فتنقضي العدّة بعد ذلك لستة أشهر.

قال في «البزازية»: بلغت فرأت يوماً دماً، ثم انقطع الدم ومضت حول، ثم طلقت.. فعدّتها بالأشهر.

أَو صِغَرٍ أَو بَلَغت بِالسِّنِّ ....

وإن رأت ثلاثة أيام وانقطع ومضى سنة، أو أكثر، ثم طلقت.. فعدتها بالحيض إلى أن تبلغ حدّ الإياس، وهو خمس وخمسون سنة في «المختار».

وعند مالك: عدّة ممتدة الطهر والآيسة: تسعة أشهر: ستة أشهر لاستبراء الرحم، وثلاثة أشهر [٤٧٨/أ] للعدة.

قال العلامة: والفتوى في زماننا على قول مالك في عدّة الآيسة. انتهى.

ولو عاد دمها بعد الإياس.. فبيان حكمه سيأتي مصرّحاً.

(**أو صغر**) بأن لم تبلغ سنّ الحيض (**أو بلغت بالسنّ**) قال في «الفصولين» البلوغ تارة يكون بالسنّ وتارة بالعلامة.

وعلامة الجارية: حيض، واحتلام، وحبل، وأدنى المدة فيها: تسع سنين هو المختار.

وعلامة الغلام: احتلام، وإحبال، وأدنى المدة فيه: اثني عشرة سنة.

وأما السن: ففي الغلام إذا دخل في التاسع عشر، وفي الجارية إذا دخلت في السابع عشر.

وعن أبي يوسف: أنه اعتبر نبات الشعر، وهو قول مالك.

وذكر صدر الإسلام أبو اليسر: قال أبو حنيفة: بلوغ الغلام بالسن ثماني عشر سنة، وبلوغ الجارية تسع عشرة سنة.

وقال أبو يوسف ومحمّد: بلوغهما بالسن خمس عشرة سنة.

وعن أبي حنيفة: في الغلام تسع عشرة سنة.

قالوا: والمراد واحد؛ فإن المراد برؤية ثمانية عشر سنة أنه يتم ذلك ويطعن في التاسع عشر، فلا اختلاف بين الروايتين في الحقيقة.

وَلم تَحِض.. فَثَلَاثَةُ أشهرٍ.

ولكن الغالب في زمان أبي يوسف ومحمّد: أنهما إذا بلغا خمس عشرة سنة، يظهر فيها علامة البلوغ فقد رآه به.

وأبو حنيفة احتاط زيادة، وإنما قدر في الجارية بأقل مما في الغلام؛ إذ ينازع إليهنّ القوة عادة، ويفتى بقولهما؛ لقصور أعمار أهل زماننا. انتهى، وكذا في «العمادي».

(ولم تحض) بأن لم تر دماً أصلاً، أو رأته يوماً، أو يومين، ثم انقطع واستمر الطّهر؛ فإنه لم يثبت كونها حائضاً ما لم تر ثلاثة؛ كما قال في «الخلاصة» و«البزازية» إن من بلغت فرأت يوماً دماً، ثم انقطع الدم حتى مضت سنة، أو أكثر.. فعدتها تنقضي بالأشهر لا بالحيض؛ لعدم ثبوت الحيض، ومن بلغت وحاضت ثلاثة أيام، ثم انقطع سنة أو أكثر.. فعدّتها تنقضي بالأشهر ما لم تبلغ حدّ الإياس.

(فثلاثة أشهر) بالأهلة إذا اتفق ذلك في غرة الشهر، وبالأيام، أي: ثلاثين يوماً إذا اتفق في غيرها، عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: وهو رواية عن أبي يوسف: يجب إتمام الشهر الأول من الرابع بالأيّام، والباقي بالأهِلّة على ما في «المحيط» و«قاضي خان».

وقيل: إن هذا الخلاف في الإجارة، وأما العدة.. فبالأيام بالاتّفاق، كذا في «البحر» عن «الصغرى».

وفيه عن «المجتبى»: أنه جعله على الخلاف؛ كالإجارة والدين، وإنما تعتبر بالأيّام بالاتفاق في مدّة العنين.

واختلف في أن الصبية المطلّقة والمتوفى عنها زوجها هل يجب عليها العدة؟

وفي «أحكام الصفار» من «الأشباه»: أنها تمنع عن التزوج في العدة، ولا يقول بوجوبها على المعتمد. انتهى.

ثم الأصل ههنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ

وللموت فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ: ....

﴿ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾، أي: فعدتهن ثلاثة أشهر أيضاً، فحذف المبتدأ والخبر بقرينة المعطوف عليه، وهذه الآية ظاهرة فيمن لا تحيض لكبر، أو صغر، ويدخل تحت إطلاقها من بلغت بالسن ولم تحض، وكذا لو رأت الدم [٤٧٨/ب] يوماً أو يومين، ثم انقطع؛ لأنه ليس بحيض.

(وللموت)، أي: عدّة الحرة للموت؛ سواء كانت مسلمة، أو كتابية تحت مسلم، صغيرة، أو كبيرة، أو آيسة؛ وسواء كان زوجها حراً، أو عبداً قبل الدخول، أو بعده، إلا أن تكون حاملاً؛ فإنها تعتد بوضع الحمل للوفاة أيضاً على ما سيأتي.

(في نكاح صحيح) إشارة إلى ما في «الخلاصة» و«الخزانة»: أن عدّة الوفاة في النكاح الفاسد بثلاث حيض، لا بالأشهر والأيام.

وزاد في «البزازية» وقال: والعدة في النكاح الفاسد للموت والطّلاق: ثلاث حيض، وهذا هو المراد بما في «الصغرى» إن عدّة الوفاة لا تجب في النكاح الفاسد، أي: لا تجب بالشهر.

ثم لا بدّ من بقاء النّكاح صحيحاً إلى الموت، حتى لو فسد قبله.. لم تجب عليها عدّة الوفاة، ولهذا قالوا: إن المكاتب لو اشترى زوجته، ثم مات المكاتب عن وفاء؛ فإن لم يكن دخل.. فلا عدّة عليها أصلاً؛ لفساد النكاح قبل الموت؛ لأنه كان يعتق في آخر جزء من حياته ويملك رقبة امرأته ووقعت الفرقة قبل الدخول وهي أمة.

وإن كان دخل بها؛ فإن ولدت منه.. فتعتد بثلاث حيض؛ لأنها أمّ ولد له عتقت بموت سيّدها، وإن لم تلد منه.. فتعتد بحيضتين؛ لفساد النكاح قبل الموت.

وإن مات لا عن وفاء.. فتبطل الكتابة ويصيرا مملوكين للمولى فتعتد بشهرين وخمسة أيّام، ودخل بها، أو لم يدخل؛ مثل رجل مات عن امرأته الأمة، كذا في «قاضي خان».

أَرْبَعَةُ أشهرٍ وَعشرَةُ أَيَّامٍ.

وعِدَّةُ الْأَمَةِ: حيضتانِ.

وَفِي الْمَوْتِ ....

(أربعة أشهر) بالأهلة، أو بالأيام على ما ذكرناه.

(وعشرة أيام) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ ولقوله ﷺ: «لا يحلّ لامرأة أن تحدّ على ميت فوق ثلاث، إلّا على زوج أربعة أشهر وعشراً».

وقيل: عدّة الوفاة: أربعة أشهر وتسعة أيام وعشر ليال؛ لأن العشر فيما تلوناه ورويناه مؤنث فيتناول الليالي ويدخل ما في خلالها من الأيام ضرورة، وذلك تسعة.

قلنا: إذا ذكر الأيام، أو الليّالي بلفظ الجمع يتناول ما بإزائها من العدد على ما عليه العرف واللغة.

(وعدة الأمة) التي تحيض، أي: الطّلاق، أو الفسخ بعد الدخول، أو الوطء بشبهة، أو بنكاح فاسد؛ سواء كانت قنة، أو مدبرة، أو أمّ ولد، أو مكاتبة، أو معتقة البعض على قول الإمام: (حيضتان)، لما رواه أبو داود والترمذي: من حديث عائشة أن النبي ﷺ قال: «طلاق الأمة تطليقتان، وعدّتها حيضتان»، ولأن الرق منصف، لقوله تعالى ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ﴾.

فالقياس: حيضة ونصف، ولكنه وجب إتمام النصف ضرورة عدم تجزؤ الحيضة وكذلك الطّلقة، لا يقال: قد سبق آنفاً أنّ عدّة أمّ الولد ثلاث حيض، فكيف يصح تعميمها لها؟

لأنّا نقول: إنّ ما سبق في العدّة الواجبة للمولي بعد موته، أو إعتاقه، وهذه هي الواجبة للزوج وهي قنة.

(وفي الموت)، أي: عدّة الأمة في موت زوجها؛ لأن عدتها في موت مولاها ثلاث حيض [٤٧٩/أ] على ما مرّ.

وَعدمِ الْحيضِ: نصفُ مَا على الْحرَّةِ.

وعدَّةُ الْحَامِلِ: وضعُ الْحملِ مُطلقاً ....

(وعدم الحيض) بصغرها، أو كبرها، أو بلوغها بالسن (نصف ما على الحُرة) لما تلوناه ورويناه وبيّناه، ففي الموت: شهران وخمسة أيّام، وفي عدّة الحيض: شهر ونصف؛ لأن الأشهر والأيّام تقبل التجزؤ، بخلاف الحيضة على ما ذكرناه.

(وعدة الحامل: وضع الحمل مطلقاً)، أي: سواء كانت حرّة أو أمة، مسلمة أو كتابية، عن طلاق، أو وفاة، أو فسخ، أو وطءٍ بشبهة، أو نكاح فاسد؛ وسواء كان الحمل ثابت النسب، أو لا؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

اختلف علي وابن مسعود رضي الله عنهما: في حامل توفي عنها زوجها.

فقال علي: تَعْتَدَّا بأبعد الأجلين؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾ الآية، يقتضي أنها تَعْتَدّ بأربعة أشهر وعشراً، وقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ﴾ الآية، يقتضي أنها تَعْتَدّ بوضع الحمل والتّاريخ غير معلوم، فوجب القول بالأبعد احتياطاً.

وقول ابن مسعود: تَعْتَدّ بوضع الحمل؛ لأن قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ﴾ الآية، متأخر عن قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ﴾ الآية، حتى قال: من شاء باهلته أن قوله: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ﴾ نزلت بعد قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ﴾ الآية، فصار بعمومه ناسخاً لما تقدم عليه.. فوجب الاعتداد بوضع الحمل.

حاصله على ما في «التلويح»: أنهما تعارضا في حق الحامل المتوفى عنها زوجها:

فعلى رأي علي من عدم معرفة التاريخ، وهو قول ابن عباس أيضاً.. يثبت حكم التّعارض في قدر ما تناولاه وتعارضا فيه، أعني: الحامل المتوفى عنها زوجها، فرجعا فيه إلى السنة.

وعلى رأي ابن مسعود - وهو قول عمر أيضاً، وهما عالمان بتأخر آية الأحمال عن آية التربص - كانت آية الأحمال ناسخة لآية التربص فيما تناولاه وتعارضا فيه.

فإن قيل: إن كلًّا منهما يتناول ما لا يتناوله الآخر.

فإن آية الأحمال: الحامل المطلقة والمتوفى عنها زوجها، ولا يتناول غير الحامل منها.

وآية التربص: لا يتناول الحامل المطلقة، فما وجه ترجيح عموم آية الأحمال على عموم آية التربص حتى حكم بكونها ناسخاً لها؟

أجيب عنه: بأن المحافظة على عموم آية الأحمال أولى من محافظة عموم آية التربص؛ لأن عموم الأول بالذات وعموم الثاني بالعرض؛ لكون أزواجاً نكرة؛ ولأن الحكم في آية الأحمال معلّل لترتبه على الموصوف بأولات الأحمال، بخلافه في آية التربّص إذ لا تعرض فيها لعلة الحكم أصلاً.

فإن قيل: ما المراد بالأجلين في قول علي؟

قال في «البحر»: والمراد بالأجلين في قول علي: «تعتد بأبعد الأجلين، وضع الحمل ومضيُّ أربعة أشهر وعشراً». يعني: أيّهما أبعد تعتد به، حتى روي عن عمر أنها لو وضعت وزوجها على سريره.. لانقضت عدتها، ويحل لها أن تتزوج بآخر، ولا يتوقف بمضي أربعة أشهر وعشراً.

ثم قال: وفسر صاحب «المعراج»: أبعد الأجلين المروى عن علي: بأربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض؛ مستدلاً بقول «قاضي خان»: وتفسير أبعد الأجلين بأربعة أشهر وعشراً [٤٧٩/ب] فيها ثلاث حيض، حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشراً ولم تحض.. كانت في العدّة ما لم تحض ثلاث حيض، ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشراً.. لا تنقضي عدّتها حتى تتم المدّة. انتهى.

وَلَو مَاتَ عَنْهَا صبيٌّ.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: إِن مَاتَ عَنْهَا صبيٌّ.. فعدَّتُها بِالْأَشْهرِ.

ثم نسبه إلى السّهو، وقال إنما هذا في عدّة امرأة الفار؛ ولأنه لا دخل للحيض في عدّة الحامل أصلاً.

قلت: كون هذا التفسير في امرأة الفار مصرح به في «قاضي خان» قبيل ذلك التفسير.

(ولو) وصلية (مات عنها صبي) هذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وعند أبي يوسف: إن مات عنها صبيّ.. فعدتها بالأشهر**)، يعني: أن عدّة زوجة الصغير الذي مات عنها وهي حامل عند موته.. وضع الحمل عندهما، وأربعة أشهر وعشراً عند أبي يوسف، وهو قول الشافعي ومالك؛ لأن الحمل ليس بثابت النسب عنه، فصار كالحادث بعد الموت؛ فإن عدّتها بالأشهر إجماعاً.

ولهما: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج، أو من غيره، في عدّة الطلاق والوفاة، ولأن عدّة الوفاة مقدّرة بمدة وضع الحمل في حق الحامل طالت المدة، أو قصرت؛ لقضاء حق النكاح، لا للتعرف لفراغ الرحم، بدليل أنها شرعت بالأشهر مع وجود الحيض، وهذا المعنى، أي: قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي أيضاً وإن لم يكن الحمل منه، بخلاف حمل الحادث بعد الموت؛ لأنه إنما كانت عدّتها بالشهور؛ لحكمتها بفراغ رحمهما عند الموت، وألزمنا العدّة بالشهور حقاً للنكاح بآية التربص، فلا يتغير بعده بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة.. وجبت مقدرة بمدة الحمل؛ لأنها عدّة الحامل فافترقا.

فإن قيل: إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملاً.. فقد ألزمناها العدّة بالشهور، ثم إذا ظهر الحمل.. تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيّرت العدّة بحدوث الحمل.

وَإِن حَمَلت بعدَ موتِ الصَّبِيّ.. فعدَّتُها بِالْأَشْهرِ إِجْمَاعاً.

قلنا: لما كان النسب يثبت من الكبير.. فكان الحمل كالقائم عند الموت حكماً اقتضاءً؛ لأن النسب لا يمكن ثبوته بلا حمل، وحيث ثبت ههنا.. لا بد له من حمل، فجعلناه كالقائم حكماً.

وفي امرأة الصغير: لما لم يثبت النسب.. لم يحتج إلى جعل الحمل قائماً عند الموت، فكان الحمل مضافاً إلى أقرب الأوقات، فكان ابتداء عدته بالأشهر لا محالة، وإنما لم يثبت النسب من الصغير؛ سواء كان الحمل قائماً عند الموت، أو حدث بعده؛ لأن الصغير لا ماء له، فلا يتصور منه العلوق.

فإن قيل: لا شك أن النكاح موجود فيقام مقام الماء، لقوله ﷺ: «الولد للفراش».

أجيب: بأن النكاح إنما يقام مقام الماء في موضع التصور، ولا تصور في الصبي؛ بقي الكلام في تفسير حدوث الحمل بعد الموت، وفي تفسير قيام الحمل عند الموت:

فسّر الأول: في «العناية»: بأن تضع الحمل بعد الموت لستة أشهر فصاعداً من يوم الموت وهو قول عامة المشايخ.

وقال بعضهم: بأن يأتي لأكثر من سنتين.

وفي «النهاية»: والأول أصح.

وفسّر الثاني: بأن تلد لأقلّ من ستة أشهر من وقت الموت، كذا في «الفوائد الظهيرية».

(**وإن حملت بعد موت الصبي**) [٤٨٠/أ]، وذلك بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعداً عند عامّة المشايخ على ما ذكرناه آنفاً (.. **فعدّتها بالأشهر إجماعاً**) لما ذكرناه آنفاً.

وَلَا نسبَ فِي الْوَجْهَيْنِ.

وَمَن طُلِّقت فِي مرضِ موتٍ رَجْعِيّاً: كَالزَّوْجَةِ.

وَإِن بائناً.. تَعْتَدُّ بأَبعدِ الْأَجلَيْنِ.

(ولا) يثبت (نسب في الوجهين)، أي: في وجه قيام الحمل عند الموت، وفي وجه حدوثه بعد الموت، وهذا؛ لأن الصبي لا ماء له، فلا يتصور منه العلوق على ما ذكرناه آنفاً.

(ومن طلقت)، أي: بغير رضاها على ما في «فتح القدير» و«البحر» (في مرض موت؛ رجعيّاً) واحداً، أو اثنين على ما في «شرح النقاية»، (.. كالزّوجة)، أي: في بقاء النكاح.. فعليها عدّة الوفاة بالإجماع على ما في «العناية» ، وذلك بطريق انتقال عدّة الطّلاق إلى عدّة الوفاة، وترث منه، وذلك لأن النكاح قد كان ثبت، ثم انقطع بالموت فترث منه؛ لأن الرجعي لا يزيل حقوق النكاح.

وفي «البحر»: لو طلقها رجعيّاً، ثم مات.. فعدتها عدّة الوفاة؛ سواء طلّقها في الصحة، أو في المرض بطريق انتقال عدّة الطلاق إلى عدّة الوفاة؛ وترث منه. انتهى.

(وإن) طلّقها (بائناً) بواحدة، أو ثنتين، أو ثلاث (.. تعتد بأبعد الأجلين)، أي: بطريق انتقال عدّة الطّلاق.

قال في «البحر»: والمراد طلاقها بائناً في مرضه؛ لأنه لو طلقها بائناً في صحته، ثم مات.. لم تنتقل ولم ترث، وهكذا في «الخلاصة» و«البزازية» على ما سنذكره.

وقال في «فتح القدير»: والمراد بأبعد الأجلين ههنا: الأبعد من أربعة أشهر وعشر، وثلاث حيض، فلو تربّصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشراً.. لم تنقض عدّتها حتى تستكملها.

وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بأن امتدّ طهرها.. لم تنقض عدّتها حتّى تحيض ثلاثاً وإن مكثت سنين.. ما لم يدخل سن الإياس. انتهى.

وهذا هو المراد بما في «قاضي خان» و«العناية» و«البحر» قالوا: والمراد بأبعد الأجلين: أربعة أشهر وعشر فيها: ثلاث حيض.

وقال في «المجتبى»، يعني: بأبعد الأجلين: عدّة الوفاة إن كانت أطول، وعدة الطّلاق إن كانت أطول، وعدّة الطلاق أعني: ثلاثة حيض تعتبر من وقت الطّلاق لا الوفاة. انتهى.

فعلى هذا: يشكل ما ذكرناه من تفسير أبعد الأجلين من «فتح القدير» وغيره؛ لأن تفسيرهم يقتضي أن يكون ثلاث حيض كلها في عدّة الوفاة، بخلافه ما في «المجتبى»؛ لأن مقتضاه أنها لو حاضت حيضتين قبل وفاته، ولم تحض بعد وفاته إلّا واحدة ومضت عدّة الوفاة.. كفى ذلك، وهذا خلاف مقتضى التفسير المذكور.

وقال في «الخلاصة» و«البزازية»: والمطلقة إذا مات عنها زوجها.. صارت عدّتها عدّة الوفاة إن كان الطلاق رجعيّاً، وإن كان بائناً، أو ثلاثاً إن كانت لا ترث منه؛ لعدم الفرار.. لا تصير عدّة الوفاة، وإن ورثت منه بالفرار.. اعتدت بأربعة أشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض.

وقال أبو يوسف: عدّتها ثلاث حيض.

ولو مضى حيضة من عدّتها بعد الطّلاق، ثم مات الزوج والطلاق بائن.. تحسب هذه من العدة. انتهى. [٤٨٠/ب] وهذا ما يؤيّد ما في «المجتبى».

وقال في «قاضي خان»: إذا طلق الرجل إحدى امرأتيه لا بعينها بعدما دخل بهما وهما من ذوات الحيض، ثم مات ولم تعرف المطلقة منهما.. تجب على كل واحدة منهما عدّة الوفاة تستكمل فيها ثلاث حيض.

وكذا لو طلّق إحدى امرأتيه ثلاثاً في صحته لا بعينها، ثم مات قبل البيان.. تجب على واحدة منهما عدّة الوفاة تستكمل فيها ثلاث حيض.

وكذا لو قال لامرأتين له: إحداكما طالق ثلاثاً، ثم بين الطّلاق في إحداهما في

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: كالرَّجعيِّ.

المرض ومات قبل انقضاء العدة.. كان عليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض انتهى.

وهذا بناءً على أنّ العدّة من وقت البيان على ما صرّح به في «الخلاصة»، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

(وعند أبي يوسف: كالرّجعي).

قال في «الهداية» وحواشيه وسائر عامة الكتب: إن المطلقة بائناً إذا مات عنها زوجها.. فعدّتها ثلاث حيض عند أبي يوسف، ولا تنتقل إلى عدّة الوفاة عنده وقد ذكرناه من «الخلاصة» و«البزازية» أيضاً.

وعلّلوه: بأن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق البائن بلا خلاف، ومن انقطع نكاحها بالطّلاق.. لزمها ثلاث حيض؛ لأن عدّة الوفاة مختصة بما زال نكاحها بالوفاة، وهذه ليست كذلك.

فإن قيل: لو انقطع النكاح.. لمَ ترث من زوجها؟

قلنا: إنما ترث لاجتماع الصّحابة على توريثها ردّاً لقصده السيئ عليه، ولا دليل على انتقال عدّة الطّلاق إلى عدّة الوفاة ههنا، بخلاف الرجعي؛ لأن النكاح باق من كل وجه فتنتقل العدّة فيه إلى الوفاة، فعلى هذا: لا معنى لقوله كالرجعي؛ لأن عدّة المطلّقة رجعيّاً إذا مات عنها زوجها.. ليس بثلاث حيض، بل تنتقل إلى عدّة الوفاة بالإجماع على ما ذكرناه.

ولأبي حنيفة ومحمّد: أن النكاح لما بقي في حق الإرث.. يجعل باقياً في حق العدّة أيضاً؛ احتياطاً، لأنا إنما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكماً إلى وقت الموت، أو باعتبار إقامة العدّة مقام أصل النكاح حكماً، والميراث لا يثبت بالشك، والعدة تجب به؛ فإذا جعل النكاح في حكم الميراث؛ كالمنتهي

وَمَن عَتَقَتْ فِي عدَّةِ رَجْعِيٍّ.. تتمُّ كَالْحرَّةِ.

وَإِن فِي عدَّةِ بائنٍ أَو موتٍ.. فكالأمةِ.

بالموت حكماً.. ففي حكم العدّة أولى، وسبب وجوب العدّة عليها بالحيض متقرر حقيقةً، فألزمناها الجمع بينهما احتياطاً.

وعلى هذا الخلاف: المرتد إذا مات، أو قتل على ردته، حيث ترث زوجته وتعتد بأبعد الأجلين عندهما، وبثلاث حيض عند أبي يوسف؛ لانقطاع النكاح بردّته لا بموته.

وقيل: هذه المسألة ليست بخلافيّة، بل تعتد فيها بثلاث حيض بالإجماع، والفرق لهما بين هذه المسألة وبين ما تقدّم: أن النكاح ما اعتبر قائماً باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث ههنا؛ لأنها مسلمة عند الموت، والمسلمة لا ترث الكافر، ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة، وبذلك السّبب لزمها العدّة بالحيض، فلا يلزمها عدّة الوفاة، وفيما تقدّم: استحقاق [٤٨١/أ] الميراث عند الموت، لا عند الطّلاق.

فقلنا: إن النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت.

(ومن)، أي: أمة (**عتقت في عدة**) طلاق (**رجعيّ.. تتم عدّتها كالحرّة**)، أي: تنقلب عدّة طلاقها إلى عدّة الحرائر، فتعتد بثلاث حيض إن كانت من ذوات الحيض، وإلا.. فبثلاثة أشهر من وقت الطّلاق.

(**وإن**) عتقت (**في عدة**) طلاق (**بائن**) بواحد أو بثلاث (**أو موت.. فكالأمة**)، أي: لا تنقلب إلى عدّة الحرائر، وهذا؛ لأن النكاح قائم من كل وجه في عدّة الطّلاق الرجعي، فكمل ملك الزوج عليها، والعدة في الملك الكامل توجب ثلاث حيض، كذا في «فتح القدير» نقلاً عن «الكافي».

وقال في «الزيلعي»: لأن النّكاح قائم من كل وجه في الرجعي فتوجب انتقال عدتها إلى عدّة الحرائر؛ لكمال ملك الزوج فيها، فالطلاق في الملك الكامل.. يوجب عدّة الحرائر. انتهى.

....

وضع فيه لفظ الطلاق موضع لفظ العدّة، وتعقّبه في «فتح القدير» بأن قال: إن الطلاق لم يحدث في الملك الكامل، بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق.

قلت: مراده بالملك الكامل: هو الملك المتعلق بذلك النكاح لا مطلق الملك، وذلك النكاح لما كان قائماً من كل وجه.. كان ما يتعلق به من الملك قائماً معه؛ لأن الشيء إذا ثبت.. ثبت بجميع لوازمه، هذا في الرجعي، بخلافه؛ إذا عتقت في عدّة البائن، أو الموت؛ لأن النكاح زال فيهما، والزوجيّة انقطعت بالبينونة والموت، فلم يكمل الملك فيها بالعتق والعدة، أو الطلاق، على الخلاف السّابق بين «الكافي» و«الزيلعي» في الملك الناقص لا يوجب عدّة الحرائر، فلا تنتقل عدّتها إلى عدّة الحرائر، فتعتد للطلاق حيضتان إن كانت من ذوات الأقراء، وإلّا.. فشهران، وللموت: شهران وخمسة أيّام.

فإن قيل: إن العدّة حكم زوال الزوجيّة، وحكم الشيء يثبت عند ثبوت ذلك الشيء.. فينبغي أن لا تتحول العدّة بعدة في الرجعي أيضاً؛ لأنها عند ثبوتها عند الزوال أمة، ولأنه بمجرد الطلاق:

تم سبب عدّة الإماء، وشرطها أعني: ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح مؤكد، فلو وجبت الحرائر بعده.. كان على خلاف مقتضى السبب، فينبغي أيضاً أن لا تتحول؛ كما هو مذهب مالك وأبو ثور.

وأجيب **عن الأوّل**: بأنها إنما تحوّلت؛ لأن سببها وهو الزوال متردّد، فكانت متردّدة أيضاً؛ لتردّد سببها، فتغيّرت، ولهذا تتحول بموت الزوج في الرجعي من الأقراء إلى الشهور، بخلاف البائن؛ فإن سببه ليس بمتردد، فلم تتحول العدّة فيه بالعتق.

وعن الثاني: بأنا لا نسلم تأثير سبب العدّة في كمية مخصوصة، فالنكاح سبب للعدة عند الطلاق لا بقيد كمية خاصة؛ إذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية،

وَإِنِ اعْتَدَّتِ الآيسةُ ....

بل في مطلق التربص تعرفاً لفراغ الرحم تأسّفاً عن زوال النعمة، وتقدير الكمية لحكمةٍ أخرى ذكرها ابن الهمام في عدّة النكاح الفاسد.

وقال ابن الهمام أيضاً - وقد صوّر الانتقال إلى جميع كميّات العدّة البسيطة وهي أربعة - صورتها: أمة [٤٨١/ب] صغيرة منكوحة طلقت رجعياً.. فعدّتها شهر ونصف، فلو حاضت في أثنائها.. انتقلت إلى حيضتين، فلو أعتقت قبل مضيهما.. صارت ثلاث حيض، فلو مات زوجها قبل انقضائها.. انتقلت إلى الأربعة أشهر وعشر.

واعلم أن حاصل مسائل انتقال العدة.. إلى ست صور:

الأولى: المطلقة الصغيرة إذا اعتدت وبلغت في خلال العدة.. فإنها تستقبل العدّة بثلاث حيض بينونة كانت، أو رجعية.

الثانية: آيسة اعتدت ببعض الشهور فحاضت في أثناء الشهور، أو حبلت.. فإنها تستقبل العدّة في الحيض بثلاث حيض، وفي الحبل بوضع الحبل.

الثالثة: المطلقة لو اعتدت بحيضة، أو حيضتين، ثم ارتفع حيضها.. لا تخرج من العدّة ما لم تيأس؛ فإذا آيست.. تستقبل العدّة بالأشهر.

الرابعة: آيسة اعتدت بالأشهر، ففرغت من العدّة وتزوجت بزوج، ثم حاضت، أو حبلت.. تستقبل بالحيض ووضع الحمل.

الخامسة: أمة طلقت فعتقت في العدة، أو مات مولاها فعتقت في العدة.

السّادسة: الحرة المطلّقة مات زوجها في عدتها.

وهذه الصور قد تقدّم بعضها وسيأتي بعضها، ومنه ما ذكره بقوله: (**وإن اعتدت الآيسة**) أي: من قطع دمها في سنّ الإياس: وهو خمسة وخمسون سنة على ما عليه «الفتوى»، وقد ذكرناه من قبل.

بِالْأَشْهرِ ثمَّ عَادَ دَمُهَا على عَادَتهَا.. بطلت عدَّتُهَا وتستأنفُ بِالْحيضِ..........

(بالأشهر ثم عاد دمها) في أثناء الشهور، أو بعدها (على عادتها.. بطلت عدتها) بالأشهر؛ لأن الإياس يبطل بالعود، وإذا بطل.. ظهر أن العدّة بالأشهر لم تكن خلفاً عن العدّة بالحيض؛ لأن شرط الخلفية تحقق الإياس لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ﴾ الآية، والإياس لا يتحقق إلا باستدامة العجز إلى الممات؛ كالفدية في حق الشيخ الفاني، وإذا لم تكن خلفاً.. علم أن الأصل، أعني: العدّة بالحيض باق، وإن كان الأصل باقياً.. علم أن عدتها لم تنقض، إلا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضاً، وكونه حيضاً ليس بلازم من مجرّد وجوده لجواز كونه دماً فاسداً، فلهذا قيّده بقوله على عادتها؛ لأنه حينئذ ظاهر في أنه ذلك المعتاد، وعود العادة يبطل الإياس، إلا أنهم اختلفوا في تفسير العود على عادتها:

ففسره بعضهم: بأن ترى دماً سائلاً كثيراً؛ كما كانت تراه في زمان حيضها، وجعله احترازاً عمّا إذا رأت بلّة يسيرة ونحوها، وقيدوه أيضاً بأن يكون أحمر أو أسود، فلو كان أصفر، أو أخضر، أو تربيّة.. لا يكون حيضاً، بل ذلك من نتن الرحم، فكان دماً فاسداً لا يتعلّق به حكم الحيض، ومنهم من لم يتصرّف فيه.

وقال: معناه إذا رأته على العادة الجارية في زمان حيضها، وهذا التفسير يفيد أنها إذا كانت عادتها قبل الإياس أصفر فرأته كذلك، أو علقاً فرأته كذلك.. كان حيضاً مظهراً عدم انقضاء العدّة بالأشهر.

(وتستأنف) العدّة (بالحيض)، أي: فيمن عاد دمها، وتستأنف بوضع الحمل فيمن حبلت من زوج آخر بعد العدّة بالأشهر [٤٨٢/أ] على ما صرّحوا به، وهل يفسد نكاحها؟

واعلم أنّ في هذه المسألة أقوالاً على ما ظهر من كلامهم:

ففي «قاضي خان»: ولو اعتدت الآيسة بالأشهر ففرغت من العدّة وتزوّجت بزوج آخر، ثم حاضت، أو ولدت منه - على القول الّذي للإياس حدّ مقدّر، وما تراه الآيسة

من الدّم لا يكون حيضاً - لا يفسد نكاحها مع الثاني، وعلى القول الّذي ليس للإياس حد مقدّر، وما تراه من الدم يكون حيضاً.. يفسد نكاحها مع الثاني. انتهى.

والمصنف أطلق بطلان العدّة بالأشهر، والاستئناف يلزمه ثبوت البطلان، والاستئناف وفساد النكاح على القولين، أي: تقدير الإياس بمدّة، وعدم تقديره على خلاف في «قاضي خان».

وقال في «فتح القدير» نقلاً عن «المحيط»: إن في ذلك روايتين:

في رواية لا تقدير فيه: وإياسها على هذه الرواية: أن تبلغ من السن ما لا تحيض مثلها فيه؛ فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم.. حكم بإياسها؛ فإن رأت بعد ذلك دماً على هذه الرواية.. فيبطل الاعتداد بالأشهر، ويظهر فساد النكاح.

وفي رواية: يقدر بخمس وخمسين سنة، وعليه أكثر المشايخ.

وفي «الخلاصة»: وهو المختار وعليه الفتوى.

وقيل: ستين سنة.

وقيل: سبعين سنة.

إلى غير ذلك من الأقوال، وقد ذكرناه من قبل.

وقال الأقطع: فإذا رأت بعد ذلك دماً.. لا يكون حيضاً؛ كالدم الذّي تراه الصغيرة الّتي لا تحيض مثلها، وإذا لم يكن حيضاً على هذه الرواية.. لم يظهر فساد النكاح مع الثاني.

وقيل: يكون حيضاً ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح؛ لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين إذا لم تر الدم بالاجتهاد، والدم حيض بالنص؛ فإذا رأته.. فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد.. فيبطل، وهذا يفيد أن الخلاف المذكور في أن ما تراه الآيسة من الدم حيض أم لا، وأن نكاحها مع الثاني فاسد أم لا؛ إنما هو على رواية تقدير المدة.

وأما على رواية عدم تقدير المدة.. فلا خلاف في الانتقاض والفساد على خلاف ما في «قاضي خان» أيضاً.

وذكر في «الغاية» عزوا إلى «الإسبيجابي» على رواية عدم التقدير قال: ولو اعتدت بالأشهر، ثم رأت الدم.. لا تبطل الأشهر، وهو المختار عندنا.

فظهر منه اختلاف المشايخ على الروايتين على خلاف ما في «قاضي خان» أيضاً؛ لأن الظاهر من «قاضي خان»: أنه لا خلاف في عدم الانتقاض وعدم فساد النكاح على رواية التقدير، ولا خلاف أيضاً في الانتقاض والفساد على رواية عدم التقدير.

وذكر في «فتح القدير»: إن بعض عباراتهم تفيد أن عدم انتقاض العدّة بالأشهر، وعدم فساد النكاح.. إنما هو إذا حكم القاضي بالإياس والانتقاض، والفساد إنّما هو إذا لم يحكم القاضي بالإياس.

وذكر في «الخلاصة» نقلاً عن «نوادر الصلاة» لمحمد: أنّ العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدّة الحيض.. فهو حيض.

ثم نقل عن محمّد بن المقاتل: أنه كان يقول: إن رواية «النوادر» [٤٨٢/ب] محمولة على ما إذا لم يحكم بإياسها؛ أما إذا انقطع وحكم بإياسها وهي ابنة سبعين سنة، أو نحوه فرأت الدم.. لا يكون حيضاً.

ثم ذكر بعد أسطر: أن طريق القضاء أن يدّعي أحد الزوجين فساد النكاح؛ بسبب قيام العدة، فيقضي القاضي بجوازه وبانقضاء العدّة بالأشهر، قال: وكان الصدر الشهيد يفتي بأنها لو رأت بعد ذلك.. يكون حيضاً، ويفتي ببطلان العدّة بالأشهر إن كانت رأت الدم قبل تمام الأشهر، وإن كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالأشهر.. لا تبطل الأنكحة، قضى القاضي بجواز ذلك، أو لم يقض.

ثم ذكر نقلاً عن «مجموع النوازل»: أنّ الآيسة إذا اعتدت بالأشهر وتزوجت،

ثم رأت الدم.. يكون النكاح فاسداً عند بعض المشايخ؛ أما إذا قضى القاضي بجواز النكاح، ثم رأت الدم.. لا يكون النكاح فاسداً، والأصح: أن النكاح جائز، ولا يشترط القضاء، وفي المستقبل العدّة بالحيض. انتهى.

فظهر منه: أنّ ما ذكره في «فتح القدير» من أنّ المفاد من بعض عباراتهم: اشتراط القضاء بالإياس في الحكم بعدم الانتقاض، وعدم فساد النكاح، وعدم القضاء في الحكم بالانتقاض، والفساد.. ليس بأصّح، بل الأصح: جواز النّكاح بلا اشتراط القضاء بالإياس، فحصل في المسألة أقوال على تقدير مدّة الإياس وعدم تقديرها:

الأول: تنتقض مطلقاً إذا رأته قبل انقضاء الأشهر، وبعد انقضائها في الماضي والمستقبل قدر مدة الإياس، أو لا.

وفي «فتح القدير» وهو مختار صاحب «الهداية» على ما ظهر من تصويره وتعليله.

قلت: وهو الظاهر من إطلاق المصنف أيضاً.

الثاني: أنها لا تنتقض مطلقاً.

الثالث: أنها تنتقض مطلقاً إن رأته قبل تمام الأشهر، وإن رأته بعدها.. لا تنتقض، ولا تفسد الأنكحة، قضي بالإياس، أو لا، وهو قول الصدر الشهيد.

الرابع: أنها تنتقض إن لم يكن قضي بإياسها، ولا تنتقض إن كان حكم بإياسها، وذلك أن يدّعي أحدهما فساد النكاح، فيقضي بصحته وبانقضاء العدة، وهو قول محمّد بن مقاتل، وصحّحه في «الاختيار».

الخامس: أنها تنتقض مطلقاً على رواية عدم تقدير المدة للإياس.

السادس: أنّها تنتقض في المستقبل، فلا تعتد فيه إلا بالحيض للطلاق بعده لا الماضي، فلا تفسد الأنكحة المباشرة بعد الاعتداد بالأشهر، وهذا هو الذي صحّحه

هُوَ الصَّحِيحُ.

وَكَذَا تَسْتَأْنِفُ الصَّغِيرَةُ إِذا حَاضَت فِي خلالِ الْأَشْهرِ.

وَمنِ اعْتدَّتِ الْبَعْضَ بِالْحيضِ ثمَّ أيِسَت.. تَعْتَدُّ بِالْأَشْهرِ.

في «مجموع النوازل» على ما ذكره صاحب «الخلاصة»، هكذا ذكر في «فتح القدير» و«البحر» هذه الأقوال الستة.

أقول: إن ما ظهر ممّا نقلناه من «قاضي خان»: ينبغي أن يكون قولاً سابعاً، تأمّل.. تعرفه.

ثم ذكر في «البحر» أنّ ظاهر الرواية عن أبي حنيفة: هو القول الأول على ما هو الظاهر من إطلاق المصنف، فعلى هذا يكون قوله: (هو الصحيح) احترازاً عن الأقوال الباقية بإرجاع الضمير مطلقاً.

(**وكذا تستأنف عدّة الصغيرة**) المطلقة رجعياً، أو بائناً (**إذا حاضت في خلال الأشهر**) تحرزاً عن الجمع بين الأصل والبدل.

(**ومن اعتدت البعض بالحيض**) بأن رأت [٤٨٣/أ] حيضة، أو حيضتين (**ثم أيست**)، أي: انقطع دمها وهي في سنّ الإياس (.. **تعتد بالأشهر**) من حين انقطع الدم، لا من وقت الطّلاق، وهذا لما ذكرناه من التحرز عن الجمع بين الأصل والبدل.

واعترض عليه بمن صلّى بوضوء، ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء.. فإنه يبنى بالتيمم، وبمن عجز عن الركوع والسجود يومئ بعدما أدّى بعض الصّلاة بها، وفي ذلك جمع بين الأصل والبدل.

أجيب: بأن الصّلاة بالتيمم ليست خلفاً عن الصلاة بالوضوء، وإنما الخلفية بين الماء والتراب، أو بين الطهارتين على الاختلاف، ولكنه لا جمع بينهما؛ لأن إحدى الطّهارتين لا تكمل بالأخرى، وكذا التراب مع الماء، وكذا الإيماء ليس خلفاً عن الركوع والسّجود؛ لأنه بعضهما، وبعض الشيء لا يكون خلفاً عنه.

وَإِذَا وُطِئتِ الْمُعْتَدَّةُ بِشُبْهَةٍ.. وَجَبت عَلَيْهَا عِدَّةٌ أُخْرَى وتداخلتا.
وَمَا تَرَاهُ يُحْتَسبُ مِنْهُمَا، فتُتِمُّ الثَّانِيَةَ إِن تمَّتِ الأُولى قبلَ تَمامِهَا.

(**وإذا وطئت المعتدة**) من طلاق، أو غيره (**بشبهة**) من قبل الزوج، أو الأجنبي؛ كما لو تزوجها وهو لا يعلم أنها مُعْتَدَّة الغير، أو وجدها على فراشه وقالت النساء: إنها زوجتك (.. **وجبت عليها عدّة أخرى وتداخلتا، وما تراه**) من الدم (**يحتسب منهما فتتم**) من الإتمام (**الثانية**) من العدتين (**إن تمت الأولى قبل تمامها**)، أي: الثانية.

وأعلم أنّ الوطء بشبهة على ثلاثة أنواع:

وطءٌ بشبهة في المحل.

ووطءٌ بشبهة في العقل.

ووطءٌ بشبهة في العقد، وقد ذكرناه في أول الباب، وسيأتي في كتاب الحدود أيضاً، وهذا ما لا كلام فيه، وإنما الكلام فيما ذكره في «فتح القدير» ههنا، قال الوطء بشبهة يتحقق بصور:

المُعْتَدَّة التي زفت إلى غير زوجها.

والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدّة بنكاح قبل زوج آخر، أو في عدّته، إذا قال: ظننت أنها تحلّ لي.

والّتي طلقها بائناً بالكناية، ثم وطئها في العدّة، أو كانت في عدّة فوطئها آخر بشبهة، أو في عصمة زوج فوطئها آخر بشبهة، ثم طلقها الزوج.

ففي هذه الصّور تجب عدتان وتتداخلتان، وما في «الغاية» من أن الشبهة في المطلقة ثلاثا شبهة في الفعل، والشبهة في الفعل، لا تثبت النسب بالوطء، وإن قال: ظننت أنها تحلّ لي، وإذا لم يثبت النسب.. لا تجب به العدة، سيأتي دفعه في كتاب الحدود. انتهى ما في «فتح القدير».

قال في كتاب الحدود: إن النسب لا يثبت بالوطء بشبهة في الفعل؛ لأنه زنا محض، ولهذا لا تجب به عدّة أيضاً؛ إذ لا عدّة من الزنا.

ثم قال: قيل إن هذا غير مجري على عمومه؛ فإن المطلقة ثلاثاً يثبت النسب منها؛ لأنه وطء في العقد فيكفي ذلك لإثبات النسب، وكذا المطلقة بمال والمختلعة.

ثم قال: قال بعضهم: بل هو على ظاهره، وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث، أو خلع.. ليس باعتبار وطء في العدة، بل باعتبار علوق سابق على الطلاق، ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت إلى أقل من سنتين، ويثبت لتمام سنتين؛ لأنه إذا كان لأقلّ من سنتين.. أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق، بخلاف ما إذا كان لتمامها. انتهى.

فحاصل الدّفع: أنا لا نسلم أن النسب لا يثبت في الوطء بشبهة في الفعل مطلقاً [٤٨٣/ب]، بل يثبت في بعض المواضع منها؛ أعني: المطلقة ثلاثاً، أو بائناً بمال، أو المختلعة، وإن لم يثبت في المواضع الباقية منها.

قلت: ثبوت النسب بهذا الوجه - أعني: باعتبار علوق سابق على الطّلاق - لا يستلزم ثبوت عدّة أخرى للوطء الكائن في عدّة الطّلاق، فلا تندفع الشبهة بحذافيره؛ اللهمّ إلا أن يقال: إن ظنّ حلّها دليل في حقّه.. فحينئذٍ ترجع هذه الشبهة إلى الشبهة في المحل، فيلزم ثبوت النسب والعدّة باعتبار الوطء في العدّة، فتندفع الشبهة بحذافيرها ويستقيم قوله: تجب عدّتان وتتداخلان، ويؤيّد ما قلنا: ما ذكره في «البزازية» و«الخلاصة»: أنه لو طلق امرأته ثلاثاً، ووطئها في العدّة مع العلم بالحرمة.. لا تستأنف العدة، وتنقضي عدّتها بثلاث حيض، ولو كان منكراً الطّلاق، أو ادّعى الشبهة.. لا تنقضي عدتها، بل تستقبل. انتهى.

وقد ذكرناه في أول الباب أيضاً.

ثم معنى تداخل العدّتين جعل المرئي عنها، حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدّة الأولى.. فعليها حيضتان: تمامها وتحسبهما من عدّة الثاني.

توضيحه: أنّه إذا وجبت على المرأة عدّتان؛ فإمّا أن تكونا من رجلين، أو من رجل واحد.

فإن كان الثاني كما إذا طلق امرأته ثلاثاً فتزوجها في العدّة قبل زوج آخر ووطئها، أو وطئ مطلّقته ثلاثاً في العدّة بلا تزوج، أو وطئ مختلعته، أو مطلّقته بائناً بمال في العدّة ظاناً أنها تحلّ له، أو وطئ مطلقته بائناً بألفاظ الكناية في العدّة.. فلا شك أنّ العدّتين تتداخلان في هذه الصّور بالمعنى الذي ذكرناه.

وإن كان الأوّل: **فإمّا أن يكونا من جنسين**: كالمتوفى عنها زوجها، إذا وطئت بشبهة.. تعتد بالشهور، وتحتسب بما تراه من الحيض في الأشهر تحقيقاً للتّداخل بقدر الإمكان في الجنسين، حتى إذا مضت الشهور ورأت فيها حيضة.. تعتد بحيضة أخرى.

أو من جنس واحد؛ كالمطلقة من بائن، أو رجعي إذا تزوجت بآخر في عدّتها فوطئها الثاني وفرّق بينهما.. تتداخلان، ويكون ما تراه من الحيض محتسباً منهما جميعاً، وإذا انقضت الأولى ولم تكمل الثانية.. فعليها إتمام الثانية.

صورتها: أن الوطء الثاني إذا كان بعدما رأت حيضة.. تجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض؛ فإذا مضت حيضتان.. تمت العدّة الأولى.. فللزوج الثاني أن يتزوّجها قبل الثالثة؛ لكونها معتدته، لا لغيره؛ لكونها مُعْتَدَّة الغير.

والحاصل: أنّ الحيضة الأولى مختصة للعدة الأولى، والرابعة للثانية، وما بينهما من الحيضتين تنوبان عن أربع حيض: اثنان من الأولى، واثنان من الثانية، وإن كان طلاق الأول رجعيّاً فراجعها في الحيضتين.. صحت الرجعة، ولكن لا يقربها حتى تنقضي عدّتها، ولو راجعها في الحيضة الثالثة.. لا تصح على ما في «الخلاصة»؛ لأنها بانت منه، وإن تكن رأت شيئاً من العدّة الأولى.. فليس عليها إلا ثلاث حيض، وهي تنوب عن ست حيض، هذا كله عندنا [٤٨٤/أ].

وَابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ وَالْمَوْتِ: عقيبَهما وَإِنْ لم تعلَم بهِما.

وقال الشافعي وأحمد: إنهما لا يتداخلان بناءً على أنّ ركن العدّة عندهما: هو كف النّفس عن الحرمات في مدّة معينة، والكف عن الحرمات عبادة والعبادات لا تتداخل، وإنما التداخل لائق بالعقوبات، ولهذا: إن من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب، ثم وجب مثله بسبب آخر.. لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد؛ فإذا وجب عليها الكف عن المحرّمات في مدّة بسبب آخر، وكف آخر كذلك بسبب آخر.. لا يتداخلان.

قلنا: إن المقصود منها: التعرّف لفراغ الرّحم وقد حصل ذلك بالعّدة الواحدة فيتداخلان، ومعنى العبادة فيها تابع؛ لأن ركنها هو المحرمات على ما ذكرناه في أوّل الباب، والمحرّمات تتداخل؛ كصيد الحرم في حقّ المحرم؛ فإنه يحرم للإحرام وللحرم أيضاً.

(**وابتداء العدّة في الطّلاق**) مطلقاً.

(**والموت**)، ولو مات عنها قبل الدّخول بها، بخلاف الطّلاق؛ فإنه لا عدّة عليها في الطّلاق قبل الدخول.

(**عقيبهما، وإن لم تعلم**) المرأة (**بهما**) أي: بالطلاق والموت؛ لأن عدّة الطلاق والموت تتم سبب العدّة فيعتبر ابتداؤها من وقت تمام السّبب؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع، وعلمها بالسّبب وما يتمّ به السّبب.. ليس بشرط.

واختلفوا فيما إذا فارق امرأته زماناً، ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا، والمرأة تصدّقه.

فقال مشايخ بلخ وبخارى وسمرقند: إنّ ابتداء العدّة من وقت إقراره نفياً لتهمة المواضعة؛ لجواز أن يتواضعا على الطّلاق، وانقضاء العدّة ليصحّ إقرار المريض بها بالدين ووصيّته لها بشيء، أو يتواضعا على انقضاء العدة؛ لأن يتزوّج أختها، أو أربعاً سواها.

وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ: عقيبَ التَّفْرِيقِ أَوِ الْعَزْمِ على تركِ الوطءِ.

وقال محمد: تعتبر عدّتها من وقت الطلاق.

وفي «الذخيرة»: أنها تعتبر من وقت الإقرار عقوبة عليه؛ لكتمانه الطلاق، لكن لا تجب لها نفقة العدّة والسكنى وهو المختار، وكذا اختاره المتأخّرون على ما في «البزازية».

وإنما لا تجب النفقة والسكنى؛ لأن ذلك حقّها وقد أسقطه بتصديقه ، وإن لم تصدقه المرأة بل كذبته، أو قالت: لا أدري.. تجب العدّة من وقت الإقرار، وتجب لها عليه النفقة والسكنى، ولا يحل له أن يتزوج بأختها ولأربع سواها حتى تنقضي عدّتها على ما في «البزازية».

وفي «الخلاصة» و«البزازية» إنه جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها، فضربها وطلّقت نفسها، فأنكر الزوج الضرب، فأقامت المرأة البينة على الضرب وقضى القاضي بالفرقة.. فالعدة من وقت القضاء، أو من وقت الضرب، ينبغي أن يكون من وقت الضرب، وعليه ظاهر «الجامع الكبير»، ومن هنا أفتيت في امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً قبل ستة أشهر وأنكرها الزوج، وأقامت المرأة بينة على ذلك وقضى القاضي بالطلاق بانقضاء عدتها.

(**وفي النكاح الفاسد**)، أي: ابتداء العدّة في النكاح الفاسد (**عقيب التّفريق أو العزم على ترك الوطء**)، وذلك [٤٨٤/ب] بأن يقول الواطئ: تركتك، أو خليت سبيلك، أو نحو ذلك، لا مجرد العزم؛ لأنه أمر باطن لا يعلم إلّا بدليل وهو الإخيار.

وقال زفر: هي من آخر الوطءات؛ لأن الوطء: هو السبب الموجب لها إذ لو لم يطأها.. لم تجب عليها العدّة.

قلنا: سلّمنا أن الوطء هو السبب الموجب لها، لكن جميع الوطءات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطأة واحدة؛ لاستناد الكلّ إلى عقد واحد، ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد، فلم تثبت آخر وطأة تترتب عليها العدة، إلّا بالتفريق أو العزم؛ لأنه

وَمن قَالَت: انْقَضتْ عدَّتي بِالْحيضِ.. فَالْقَوْل لَهَا مَعَ الْيَمينِ إِن مضى عَلَيْهَا سِتُّونَ يَوْماً.

وَعِنْدَهُمَا: إِن مضى تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ يَوْماً وَثَلَاثُ سَاعَاتٍ.

وَإِن نكحَ معتدَّتَهُ مِن بائنٍ ثمَّ طَلَّقهَا قبلَ الدُّخُولِ.. لزمَ مَهْرٌ كَامِلٌ وعدَّةٌ مستأنَفَةٌ.

قبل ذلك جاز أن يوجد غيره، فلا يكون ما فرضناه آخر الوطءات آخرها، ولأن حقيقة الوطء أمر له سبب ظاهر، وهو التمكين من الوطء على وجه الشبهة، وكل ما كان كذلك.. يقام السبب فيه مقامه ويدار الحكم عليه، فمهما كان السبب باقياً.. كان الوطء أيضاً باقياً، فلا تتعين آخر الوطءات، فلا بد من التفريق أو العزم؛ ليرتفع السبب فتتعين آخر الوطءات.

فإن قلت: إن الحاجة إلى العدّة للزّوجين، وحقيقة الوطء ليست بحقيقة لهما.

قلنا: نعم، إلا أن غير الواطء، وهو الذي يريد أن يتزوجها قد يحتاج إلى معرفتها أيضاً، ولا خفاء في خفاء الوطء بالنسبة إليه.

(**ومن قالت: انقضت عدّتي بالحيض**) وكذبها الزّوج (.. **فالقول لها مع اليمين**) لأنها أمينة في ذلك.

(**إن مضى عليها ستون يوماً**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: إن مضى تسعة وثلاثون يوماً**) على ما ذكرناه في آخر باب الرجعة (**وثلاث ساعات**) إنما زادها شيخ الإسلام للاغتسال بناء على كون زمان الاغتسال من الحيض عنده.

(**وإن نكح معتدته من بائن**)، أي: بما دون الثلاث؛ لأن نكاح المُعْتَدَّة بالثلاث قبل زوج آخر.. لا يجوز، (**ثم طلّقها قبل الدخول.. لزم مهر كامل وعدة مستأنفة**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وَعند مُحَمَّدٍ: نصفُ مهرٍ وإِتمامُ الْعِدَّةِ الأُولى.

(وعند محمد: نصف مهر) ومتعة على ما في «فتح القدير».

(وإتمام العدّة الأولى).

وقال زفر: لها نصف مهر، أو متعة إن لم يكن سُمّي فيه شيء، وليس عليها عدّة مستقبلة، ولا تكملة العدّة الأولى.

وله: أنّ العدّة الأولى بطلت بالتزوج، ولا تجب عدّة بعد الطّلاق الثاني، ولا كمال المهر؛ لأنه قبل الدخول.

ومحمد يقول كذلك، غير أنّ إكمال العدّة الأولى.. وجب عنده بالطّلاق الأوّل، لكنه لم يظهر حكمه حالة التزوح الثاني؛ فإذا ارتفع بالطلاق.. ظهر حكمه.

واعلم: أنّ هذا الخلاف مبني على أصل واحد، وهو أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولاً في النكاح الثاني أم لا؟

فقال محمد وزفر: لا.

وقال وأبو حنيفة وأبو يوسف: نعم.

ولمحمد وزفر: أن الطلاق الثاني طلاق قبل الدخول، فلا يجب فيه كمال المهر، ولا استيفاء العدة، لكن يجب عليها إكمال العدّة الأولى عند محمد؛ بسبب الطلاق الأوّل؛ لوجود المقتضي، إلا أنه لم يظهر أثره حالة التزوج الثاني حتى حلّ له وطؤها؛ لعدم اختلاط المياه، ثم إذا طلقها ثانياً قبل الدخول.. صار النكاح الثاني؛ كالمعدوم فيجب عليها إكمال العدّة الأولى [٤٨٥/أ]؛ لزوال المانع عن ظهور عمل المقتضي، ولا يخفى عليك أنّ هذا على طريقة تخصيص العلّة والمخلص معروف، وهذا كما لو اشترى زوجته التي هي أمّ ولده وكانت أمة الغير، ثم أعتقها.. فإنه تجب عليها عدّتان: عدّة للنكاح وعدّة للعتق وتداخلتا:

عدّتها للنكاح: حيضتان يجب عليها فيهما الإحداد، وتعتبران من وقت الشراء، وهما يحتسبان من العتق أيضاً للتداخل، وعدتها للعتق: حيضة خاصة لا يجب عليها

فيها الإحداد؛ لأنها عدّة أمّ ولد عتقت، وهذا؛ لأنه لما اشتراها.. فسد النكاح ووجب عليها الحيضتان؛ لكونها أمة، لكنه لم يظهر حكم العدّة في حقه حتّى يحلّ له وطؤها لمانع ملك اليمين؛ فإذا زال المانع بالعتق.. ظهر حكم العدّة في حقّه، فوجبت عليها العدّة حقّا لفساد النكاح، ويلزمها الإحداد.

وأما الحيضة الثالثة.. فإنما تجب للعتق خاصّة، فلا يلزمها الإحداد.

ولهما: أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى، وبقي أثر هذا القبض وهي العدّة؛ فإذا جدّد النكاح وهي مقبوضة بالدخول في النكاح الأوّل.. ناب ذلك القبض الذي كان بالدّخول مناب القبض المستحق بالنّكاح الثّاني؛ فإذا طلقها.. صار كأنه طلّقها بعد الدّخول في النكاح الثاني.. فيجب عليه مهر كامل وعدّة مستقبلة.

فإن قيل: لو كان الطّلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول.. لكان صريحه معقبًا للرجعة، كالطلاق الصّريح بعد الدّخول، وليس كذلك؛ فإن الواقع بائن.

أجيب: بأنه ليس بطلاق بعد الدخول، وإنما هو كالطلاق بعد الدّخول، والمشابهة للشيء لا تلزم أن يساويه من جميع الوجوه.

ثم اعلم: أنّ الأصل المذكور يبتنى عليه مسائل:

أحدها: ما ذكر في الكتاب على ما بيّناه.

وثانيها: أنه لو كان النكاح الأول فاسداً، ثم تتزوّجها بعد الدخول والتفريق نكاحاً صحيحاً في عدّة الفاسد، ثم طلّقها قبل الدخول.. يجب عليه مهر كامل، وعليها عدّة مستقبلة، عندهما أيضاً.

وفي عكسه بأن كان الأول صحيحاً والثاني فاسداً.. لا يجب المهر، ولا استقبال العدّة، بل يجب إتمام الأولى بالاتفاق، والفرق لهما: أنه لا يتمكن الوطء في الفاسد، ولا يجعل واطئاً حكماً؛ لعدم إمكان حقيقته.

وَلَا عِدَّةَ فِي طَلَاقٍ قبلَ الدُّخُولِ.

وثالثها: أنه لو دخل بها في الصّحة وطلّقها بائناً، ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقّها بائناً قبل الدخول.. يكون فاراً عندهما، لا عند محمد.

ورابعها: أنها لو تزوّجت بغير كفء، ودخل بها، ففرّق القاضي بينهما بطلب الولي، ثم تزوّجها هذا الرّجل بلا ولي في العدّة بمهر، وفرّق القاضي بينهما أيضاً قبل أن يدخل بها.. كان عليه المهر الثاني كاملاً وعدة مستقبلة عندهما استحساناً.

وعند محمّد: نصف المهر الثاني، وعليها إتمام العدّة الأولى.

وخامسها: تزوجها صغيرة ودخل بها، ثم طلّقها بائناً، ثم تزوّجها في العدّة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول [٤٨٥/ب].

وسادسها: تزوجها صغيرة ودخل بها، فبلغت فاختارت نفسها، ثم تزوجها في العدّة، ثم طلقها قبل الدّخول.

وسابعها: تزوّجها ودخل بها، ثم ارتدّت وفرّقت، ثم أسلمت فتزوجها في العدة، ثم ارتدت قبل الدخول.

وثامنها: تزوجها ودخل بها، ثم طلّقها بائناً، ثم تزوجها في العدّة، ثم ارتدّت قبل الدخول بها.

وتاسعها: تزوج أمة ودخل بها، ثم أعتقت واختارت نفسها، ثم تزوجها في العدة، ثم طلّقها قبل الدخول.

وعاشرها: تزوج أمة ودخل بها، ثم طلّقها، ثم تزوّجها في العدّة فاختارت نفسها قبل الدخول، كذا في «البزازية» و«فتح القدير».

(**ولا عدّة في طلاق قبل الدخول**)؛ لعدم العلوق، واشتباه الماء قيد بالطلاق قبل الدّخول، احترازاً عن الموت قبل الدّخول؛ فإنه لو مات الزوج قبل الدخول بها.. فعليها عدّة الوفاة.

وَلَا على ذِمِّيَّةٍ طَلَّقهَا ذمِّيٌّ، أَو حربيَّةٍ خَرَجَت إِلَيْنَا، خلافاً لَهما.

(**ولا على ذمية طلّقها ذميّ**)، لو مات عنها الذمي، إلا أنها لا توطأ إلّا بعد حيضة.

وعن أبي حنيفة: أنها لا تتزوج إلّا بعد حيضة على ما في «كمال الدراية».

فإن قيل: إن الذمية لو أسلمت وأبى الزوج عن الإسلام.. فإباؤه طلاق على ما مر في نكاح الكافر، مع أنه يلزمها العدّة.

أجيب: بأنها بالإسلام التزمت أحكام الإسلام وإن كانت مطلقة الذمي.

(**أو حربيّة خرجت إلينا**) مسلمة، أو ذمية، أو مستأمنة، ثم أسلمت، أو صارت ذمية على ما في «فتح القدير».

(**خلافاً لهما**) قالا: على الحربية وعلى الذمية: عدّة:

أما الذمية: فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم؛ فكما أنّ نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك، حتى لا نتعرض لهم.. كذلك الذميّة المطلقة زوجها لا عدّة عليها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك؛ لأن العدّة إمّا لحقّ الشرع، أو لحق الزوج، ولا سبيل إلى الأول مخاطبة بالفروع، ولا إلى الثاني لكون ذلك معتقده.

بخلاف ما إذا كانت مطلقة المسلم.

وبخلاف ما إذا كان زوجها الذمي لم يعتقد ذلك؛ لأن في الصورتين تجب العدّة عليها بالاتفاق.

ولهما: أنها التزمت أحكامنا فتلزم عليها.

وأما الحربيّة: فوجه قولهما فيها: أنها فرقت بعد الدخول في دار الإسلام بسبب التباين.. فتجب العدة، كما لو وقعت الفرقة بينهما بآخر؛ كالطلاق والموت.. وجبت العدة.

بخلاف ما إذا هاجر الزوج مسلماً، أو ذمياً، أو مستأمناً، ثم صار مسلماً، أو ذمّياً

وتركها في دار الحرب.. حيث لا عدّة عليها هناك إجماعاً، حتى جاز له أن يتزوج أختها، أو أربعاً سواها، كما دخل دار الإسلام؛ لعدم تبليغ أحكام الشرع في دار الحرب.

ولأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقاً، فتقييده بما بعد انقضاء العدّة زيادةٌ على النص، ولأن العدّة؛ إما لحق الشرع، أو لحق الزوج، ولا سبيل إليهما في حق الحربيّة على ما ذكرنا في الذمية، إلا أن تكون حاملاً؛ لأن في بطنها ولداً ثابت النسب فتعتد بالوضع [٤٨٦/أ].

وعن أبي حنيفة: يجوز تزوجها، ولكنه لا يطؤها كالحُبلى من الزنا.

والأصح: عدم جوازه على ما في «الهداية».

وكذا لا عدّة على أمة أعتقها مولاها على ما صرّح به في «الحاوي القدسي»، وقد ذكر في أوّل العدّة.

* * *

(فصل)

تُحِدُّ مُعْتَدَّةُ البائنِ وَالْمَوْتِ إِن كَانَت مكلَّفة ....

(فصل)

[فيما يَجِبُ على المُعْتَدّة وما لا يَجِب]

لما ذكر وجوب العدة، وكيفيّة الوجوب، وعلى من تجب ومن لا تجب.. شرع في ذكر ما يجب على المُعْتَدَّة وما لا يجب.

(تحدّ) يقال: حدّت المرأة على زوجها تحدّ حداداً بالكسر.. فهي حادة بغيرها: إذا تركت الزينة لموته كذا في «المصباح».

(مُعْتَدَّة البائن) بالطلاق، أو الإيلاء، أو اللّعان، أو بفرقة أخرى.. فلا حداد على المطلّقة قبل الدّخول، ولا على المطلّقة الرجعيّة؛ لعدم فوات نعمة النكاح لهما، حتّى يتأسفا عليها، كذا في «شرح النقاية»، وهذا عندنا.

وقال مالك والشافعي: لا حداد عليها؛ لأنه وجب إظهار التأسف على فوت زوج وفى بعهدها إلى مماته، وهذا قد أوحشها بالإبانة، فلا تأسف على فوته.

ولنا: ما روي: أنه ﷺ نهى المُعْتَدَّة أن تختضب بالحناء، وقال ﷺ: «الحِنَّاءُ طِيب» على ما روته أم سلمة، ولم يفصّل بين مُعْتَدَّة الوفاة وغيرها؛ ولأنه إنما وجب في عدّة الوفاة بالنّص، والمعنى فيه إظهار التأسّف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها، والإبانةُ أقطعُ لها من الموت.. فيوجب التأسف عليها، فيلحق بالوفاة؛ لاشتراكهما في المعنى.

(والموت) لما في «الصّحيح»: أنه ﷺ قال: «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيّام؛ إلّا على زوجها أربعة أشهر وعشراً» والمراد بالمستثنى منه: نفي نفس الإحداد، لا نفي إحلاله - لأن ما ليس بحلال ليس له وجود في الشرع - فلا يرد: أن مقتضى الاستثناء من نفي إحلال الإحداد هو حل الإحداد لا إيجابه، والمقصود: هو الثاني لا الأوّل، فلا تقريب في الدّليل.

(إن كانت مكلّفة)، أي: عاقلة بالغة، فلا إحداد على المجنونة والصّغيرة.

مسلمةً: بتركِ الزِّينَةِ وَلبسِ المُزَعفَرِ والمُعَصْفَرِ، وَالطِّيبِ، والدُّهنِ، والكُحلِ، والحِنَّاءِ ....

(مسلمة)، فلا إحداد على الكافرة؛ لأنه نعمة عبادة فلا تجب إلا على المكلّف بها.

وهذه الثالثة ليست بمكلّفة، خلافاً لمالك والشافعي قالا: يجب الإحداد عليهنّ؛ لأنه يجب لموت الزوج، فيعم النساء كلها؛ كالعدّة.

قلنا: يجب الحداد عند فقد الزوج حقاً من حقوق الشرع، ولهذا لو أمرها الزوج بتركها.. لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به، ولهذا شرط الإيمان فيه؛ حيث قال ﷺ: «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر» الحديث، وقولهم كما تعم العدّة عليهنّ.

قلنا: العدّة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصّة، وعلى نفس الحرمات، وعلى مضي المدّة على ما صرّح به في «فتح القدير»، وقد ذكرناه أيضاً.

والعدّة اللّازمة لهنّ بكلّ من المفهومين الأخيرين على معنى: أن عدّة البينونة بالموت والطلاق تثبت شرعاً عدم صحة نكاحهّن إلى انقضاء مدّة معيّنة؛ فإذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها.. لا يصح شرعاً، ولا خطاب للعباد [٤٨٦/ب] فيه تكليفي، بل هو من ربط المسبّبات بالأسباب، بخلاف منعها عن اللّبس والطيب؛ فإنه فعلها الحسي محكوم بحرمته، فلا بدّ فيه من خطاب التكليف، بخلاف الأوّل؛ فإنه محكوم بعدم صحّته، ولا يتوقف على خطاب التكليف، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر، أو اختضبن.. لا يأثمن؛ لعدم التّكليف به، كذا في «فتح القدير».

(بترك الزينة) بالحلي والحرير (ولبس المزعفر والمعصفر والطيب)، أي: استعماله في البدن، أو الثوب.

(والدّهن)، وهذا اتفاقي في الطيب، وفي الزيت والشيرج اختلاف مالك على ما في «الشمني».

(والكحل والحناء).

إِلَّا مِن عُذْرٍ.
لَا مُعْتَدَّةُ الْعتْقِ وَالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ.
وَلَا تُخْطَبُ الْمُعْتَدَّةُ.

والمعنى في تركها وجهان:

أحدهما: إظهار التأسف.

والثاني: أنّ هذه الأشياء من دواعي الرغبة فيها، وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا يصير ذريعة في الوقوع في الحرام.

(**إلّا من عذر**)؛ لأن فيه ضرورة، وذلك بأن كانت فقيرة لا تجد إلا أحد هذه الأثواب، أو اشتكت رأسها، أو عينها، أو اعتادت الدهن، أو اكتحلت للمعالجة، ولا تمتشط بمشط أسنانه ضيقة؛ لأنه لتحسين الشعر وتزيينه، بخلاف الواسعة؛ لأنها لدفع الضر لا للزينة، كذا في «البزازية» و«كمال الدراية».

(**لا مُعْتَدَّة العتق**)، أي: لأحد، أو لأم الولد عن موت سيّدها، أو إعتاقه إيّاها.

(**والنكاح الفاسد**)، وكذا الموطوءة بشبهة؛ لأنه ما فاتهنّ نعمة النكاح حتى يظهرن التأسف عليها، والإباحة في الأشياء هو الأصل، فلا يمنع عن استعمال التطيب بلا محرِّم.

(**ولا تخطب المعتدة**)، أي: أو تحرم خطبتها؛ سواء كانت مُعْتَدَّة عن بائن أو رجعيّ، أو عتق، أو موت، أو غير ذلك من الفرق، يقال: خاطبه مخاطبة وخطاباً وهو الكلام بين المتكلم والسامع، ومنه اشتقاق الخطبة بضم الخاء وكسرها على اختلاف المعنيين، فيقال في الموعظة: خطب القوم خطبة بالضم، وخطب المرأة إلى القوم: إذا طلب أن يتزوج منهم، والاسم الخطبة بالكسر، كذا في «المصباح».

والمقصود ههنا: المراجعة لها في الكلام بلفظ النكاح؛ بأن قال: إني أريد أن أنكحك، أو أتزوجك.

وإنما حرم هذا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾.

وَلَا بَأْسَ بالتَّعريضِ.

وَلَا تخرجُ مُعْتَدَّةُ الطَّلَاقِ مِن بَيتِهَا ....

(ولا بأس بالتعريض) في الخطبة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾، والتعريض: أن يذكر شيئاً يدلّ به على شيء آخر، وقد فسره ابن عباس في الخطبة بقوله: «أن يقول: إني أريد أن أتزوج». فسّره سعيد بن جبير في القول المعروف بقوله: إني فيك لراغب، وإنّي أريد أن نجتمع، ونحو ذلك من قوله: إنك لجميلة، أو صالحة، ومن غرضي التزوج.

وذكر في «التبيين» و«النّهاية» و«فتح القدير»: أن التعريض المذكور: فيما إذا كانت مُعْتَدَّة عن وفاة.

أما إذا كانت مُعْتَدَّة عن طلاق.. فلا يجوز التعريض لها بالإجماع؛ لأن الطّلاق إن كان رجعيّاً.. فالزوجية قائمة، وإن كان بائناً.. فلا يمكن التعريض [٤٨٧/أ] لها على وجه لا يقف عليه الناس؛ لأنها لا تخرج ليلاً، ولا نهاراً، والإظهار بذلك قبيح، ولأن في تعريضها ما يوجب البغض والعداوة بينه وبين زوجها.

وذكر في «الاختيار»: أن مُعْتَدَّة البائن يجوز التعريض لها؛ مثل مُعْتَدَّة الوفاة.

والصحيح: ما في «التبيين» و«النّهاية» لما ذكرناه.. فعلم منه: أن حرمة خطبة المنكوحة وتعريضها بطريق الأولى.

(ولا تخرج مُعْتَدَّة الطلاق) رجعيّاً، أو بائناً (من بيتها) إذا كانت حرة مكلّفة.

وأما الأمة مطلقاً.. فيجوز الخروج لها على ما سيصرّح به.

وكذا المجنونة والمعتوهة تخرج مطلقاً على ما في «الاختيار».

وكذا الصبيّة تخرج إذا كانت مُعْتَدَّة عن طلاق بائن؛ لأنها غير مأمورة بالشرائع، وانقطع حق الزوج بالبينونة.

وأما إذا كانت مُعْتَدَّة عن رجعي.. فلا تخرج لحقّ الزوج، إلّا بإذنه على ما في التبيين.

أَصلاً.

ومُعْتَدَّةُ الْمَوْتِ تخرجُ نَهَاراً وَبَعضَ اللَّيْلِ، وَلَا تبيتُ فِي غيرِ منزلِهَا.

وكذا تخرج الكتابية لما ذكرناه من عدم التّكليف بالشرائع.

وفي كلامه إشارة إلى أن المُعْتَدَّة من نكاح صحيح أو فاسد سواء في عدم الخروج.

وعن شمس الإسلام: أن مُعْتَدَّة الفاسد تخرج، كذا في «شرح النقاية».

وإطلاق قولهم: إن الإحداد على مُعْتَدَّة عن نكاح فاسد.. يؤيّد قول شمس الإسلام.

(**أصلاً**)؛ أي: لا في اللّيل، ولا في النهار؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ والمراد بالفاحشة: نفس الخروج على ما فسّره النخعي، وبه أخذ أبو حنيفة، فيكون المعنى: إلا أن يكون خروجها فاحشة؛ كما يقال: لا يزني أحد إلا أن يكون فاسقاً.

وقال ابن مسعود: المراد بها: الزنا، فحينئذٍ يخرجن لإقامة الحدّ عليهن، وبه أخذ أبو يوسف، وهو أظهر من جهة وضع اللّفظ؛ لأنّ ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ﴾ غاية، والشيء لا يكون غاية لنفسه، وما أخذه أبو حنيفة أبدع وأعذب في الكلام؛ كما يقال في الخطابيّات: لا تزنِ إلا أن تكون فاسقاً، ولا تشتم أمك إلا أن تكون قاطع رحم، ونحوه، كذا في «فتح القدير».

(**ومُعْتَدَّة الموت تخرج نهاراً وبعض الليل**)؛ لأن نفقتها عليها فتحتاج إلى الخروج لكسبها، والكسب في النهار وبعض الليل.

وروي عن محمد: المتوفى عنها زوجها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقلّ من نصف الليل.

قال الحلواني: هذه الرواية صحيحة؛ لأن المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها، والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل، نقله في «الكافي» وإليه أشار بقوله: (**ولا تبيت في غير منزلها**)، ولكن قال في «فتح القدير» نقلاً عن «الكافي»: إن نفقتها عليها

وَالْأمةُ تخرجُ فِي حَاجَةِ الْمولى.

وَتعْتَدُّ الْمُعْتَدَّةُ فِي منزلٍ يُضَاف إِلَيْهَا وَقت الْفِرقةِ أَوِ الْمَوْتِ.

وعسى لا تجد من يكفي مؤنتها فتحتاج إلى الخروج لنفقتها، غير أن أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي، فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليل. انتهى.

وهذا ينفي صحة الرواية المذكورة، واختلفوا في المختلعة على نفقة عدّتها، قيل: تخرج نهاراً؛ لأنها قد تحتاج إلى الخروج للمعاش كالمتوفى عنها زوجها، ولا يباح لها الخروج؛ لأنها أبطلت حقها في النفقة، فلا تؤثر في إبطال حق الشرع عليها، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، وصحّحه في جامع «قاضي خان» [٤٨٧/ب]، وهذا كما اختلعت على أن لا سكنى؛ فإن مؤنة السكنى.. تبطل عن الزوج، ويلزمها أن تكتري بيت الزوج، وأما أن يحل لها الخروج.. فلا.

وفي «فتح القدير»: والحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع:

فإن علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج.. أفتاها بالحلّ.

وإن علم قدرتها.. أفتاها بالحرمة.

(**والأمة تخرج في حاجة المولى**)؛ لأن في المنع إبطال حق المولى، وحق العبد مقدّم على حق الشرع، وإن كان المولى بوّأها.. لم تخرج ما دامت على ذلك، وكذلك المكاتبة تخرج أيضاً.

(**وتعتد المعتدة**) مطلقاً (**في منزل يضاف إليها**)، أي: بالسكنى، وإليه أشار في قوله تعالى: ﴿مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾.

(**وقت الفرقة**)؛ أي: فرقة كانت، (**أو الموت**)، حتى لو طلّقها وهي زائرة.. وجب عليها أن ترجع إلى منزلها فتعتد فيه.

إِلّا أَن تَخرجَ جَبراً، أَو خَافت على مَالِهَا، أَوِ اِنهدامَ الْمنزلِ، أَو لم تقدِرْ على كرائِهِ.

وَلَا بَأْسَ بكينونتِهما مَعاً بمنزلٍ وَإِن كَانَ الطَّلَاقُ بائناً؛ إِذا كَانَ بَينهمَا سِتْرَةٌ، إِلّا أَن يكونَ فَاسِقاً؛ فَإِن كَانَ فَاسِقاً أَوِ الْبَيْتُ ضيّقاً.. خرجَت، وَالْأَولَى خُرُوجُهُ.

(**إلا أن تخرج جبراً**)، أي: تخرجها الورثة بأن كان نصيبها من دار الميت لا يكيفها، ولم ترض ورثة الزوج أن تسكن فيه.. فحينئذٍ تخرج، وإن رضي الورثة.. تسكن فيه.

(**أو خافت على مالها أو انهدام المنزل**) الذي كانت تسكنه.

(**أو لم تقدر على كرائه**)، أي: كراء البيت الّذي آجره الزوج ومات؛ فإن كراه عليها في مالها؛ فإن قدرت على الكراء.. تسكن فيه، وإلّا.. تخرج حيث شاءت؛ لأن الواجب مقيد بالإمكان، ولا إمكان مع هذه الأعذار.

والموضع الذي تنتقل إليه عند الضرورة: على الزوج في الطلاق، وأجرته عليه أيضاً، وعلى المرأة في الوفاة، وكذا أجرته عليها.

وفي «الخلاصة»: وإذا مات الزوج وهما في منزل بأجر، فأجرة المنزل في مالها؛ فإن مكّنها أهل المنزل بالمقام فيه بكراء وهي تجد ذلك.. تسكن فيه، وإن لم تجد.. تتحول.

(**ولا بأس بكينونتهما معاً بمنزل وإن**) - وصلية - (**كان الطلاق بائناً إذا كان بينهما سترة**) لئلا تقع بينهما الخلوة بالأجنبية، واكتفي بالحائل؛ لاعتراف الزوج بالحرمة.

(**إلا أن يكون فاسقاً؛ فإن كان فاسقاً أو البيت ضيقاً.. خرجت**) الزوجة، (**والأولى: خروجه**)، أي: خروج الزوج ويترك الزوجة في ذلك المنزل؛ لأن مكثها في منزله واجب، ومكثه فيه غير واجب.

وَإِن جَعَلا بَينهَمَا امْرَأَةً ثِقَةً تقدِرُ على الْحَيْلُولَةِ.. فَحسَنٌ.

وَلَو أَبَانهَا أَو مَاتَ عَنْهَا فِي سفرٍ بَينهَا وَبَينَ مِصرِها أقلُّ مِن مدَّتِهِ.. رجعَت.

وَإِن كَانَت مسافَتُهُ مِن كُلِّ جَانبٍ.. تخيَّرت، مَعهَا وليٌّ أَو لا.

وَالْعودُ أَحْمدَ.

وَإِن كَانَ ذَلِك فِي مِصرٍ..

(**وإن جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة.. فحسن، ولو أبانها، أو مات عنها في سفر بينها وبين مصرها أقلّ من مدّته**)، أي: مدة السفر (**.. رجعت**) إلى مصرها؛ سواء كان بينها وبين مقصدها مدّة السّفر أو لا، وسواء كان معها محرم أو لا، وسواء كانت في مصر أو مفازة:

ففيما إذا كانت بينهما مدّة سفر.. فالرجوع واجب، وكذا فيما دونه إذا كانت في مفازة، وليس معها محرم.

وأما إذا كانت في مصر ومعها محرم والمدة دون السفر.. فالرجوع إلى مصرها بطريق الأولوية على ما في «كمال الدراية»، هذا في مُعْتَدَّة البائن والموت.

وأما لو طلّقها رجعيّاً في سفر كذلك.. فهي تتبع زوجها حيث مضى؛ لأن النكاح بينهما قائم، كذا في «فتح القدير».

(**وإن كانت مسافته**)، أي: مسافة السفر (**من كل جانب.. تخيّرت**) في الرّجوع، أي إلى منزلها وفي التوجه إلى مقصدها.

وعن السرخسي: [٤٨٨/أ] أنها تختار أقربهما.

(**معها ولي، أو لا**) والمراد بالولي: المحرم.

(**والعود**)، أي: إلى منزلها في مصرها (**أحمد**) لتعتد في منزلها.

(**وإن كان ذلك**)، أي: طلاقها بائناً، أو موته عنها في سفرهما (**في مصر**)، أي:

لَا تخرجُ مِنْهُ مَا لم تَعْتَدّ، ثمَّ تخرجُ إن كَانَ لَهَا مَحْرَمٌ، وَقَالا: إن كَانَ مَعهَا مَحْرَمٌ.. جَازَ الْخُرُوجَ قبلَ الِاعْتِدَادِ.

موضع إقامة ولو قرية، وبعدها من كل جانب مسيرة سفر بقرينة قوله: ثم تخرج منه إن كان لها محرم؛ لأن الخروج إلى ما دون السّفر يجوز بلا محرم.

(.. **لا تخرج منه ما لم تعتد**) سواء كان معها محرم، أو لا عند أبي حنيفة.

(**ثم تخرج**) منه، أي: من ذلك المصر إلى منزلها (**إن كان لها محرم**)، وإلّا.. قامت فيه حتى تجد محرماً، أو قوماً فيه نساء أمنت على نفسها.

(**وقالا: إن كان معها محرم.. جاز الخروج قبل الاعتداد**)، وإلا.. فلا؛ لأن نفس الخروج إلى منزلها مباح بالاتفاق دفعاً لأذى الغربة والوحشة، وإنما الحرمة للسّفر وقد ارتفعت بالمحرم.. فعاد مباحاً.

ولأبي حنيفة: أن العدّة أمنع من الخروج إلى السفر من عدم المحرم؛ فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم، وليس للمُعْتَدَّة ذلك، فلمّا حرم الخروج عليها إلى السّفر بغير المحرم.. ففي العدّة أولى.

فعلى هذا لو كانت في مفازة وكانت مسيرة السفر من كلّ جانب، واختارت أحدهما فمرّت بمصر بينه وبين ما توجّهت هي إليه مسيرة سفر.. تعتدّ في ذلك المصر عند أبي حنيفة، ثم تخرج منه بمحرم.

وعندهما: لها أن لا تعتد فيه وتخرج بمحرم.

وفي «فتح القدير»: البدوي طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر في الكلأ والماء؛ فإن لم تتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك، وإن تضررت.. فله ذلك، إذ الضرورات تبيح المحظورات.

* * *

(بَابُ ثُبُوتِ النَّسَبِ)

أَقلُّ مُدَّةِ الْحَمْلِ: سِتَّةُ أَشهرٍ.

(بَابُ ثُبُوتِ النَّسَب)

لما ذكر أنواع المُعْتَدَّات من ذوات الأقراء والأشهر والأحمال.. أراد ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الأحمال: وهو ثبوت النسب.

(**أقل مدّة الحمل: ستة أشهر**) بالإجماع لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾، ثم فسّر الفصال في آية أخرى بعامين؛ حيث قال: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾، فبقي للحمل ستة، كذا في «الهداية».

واعترض عليه؛ بأنّ هذا مخالف لما قرره أبو حنيفة من أن المدّة المذكورة في هذه الآية مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال، غير أن المنقص قام في أحدهما وهو الحمل، وهو حديث عائشة رضي الله عنها «الولد لا يبقى في بطن أمّه أكثر من سنتين»، فبقيت مدّة الفصال على ظاهرها.

وأجيب عنه: بوجهين:

أحدهما: أن ما قرر في الرضاع غير صحيح؛ لأنه يلزم منه أن يراد بلفظة ﴿ثَلَٰثُونَ﴾ في الآية في إطلاق واحد حقيقة: ثلاثين، وأربعة وعشرين، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد، ولأن أسماء العدد لا يجوز أن يراد بشيء منها غير مدلوله على ما نصّ عليه كثير من المحققين في «الأصول»؛ لأنها بمنزلة الأعلام في مدلولها حتى منعت الصرف مع سبب واحد، فصاحب «الهداية» رجع ههنا إلى ما هو الصحيح من الوجه.

والثاني: أنّ هذا التأويل تأويل ابن عباس، ذكره صاحب «الهداية» ههنا، وموضع الاستدلال [٤٨٨/ب] في الحقيقة ليس هذا، بل مورده، فنقل بعضه لينبه به عليه، وهو أن رجلاً تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهمَّ عثمان يرجمها، فقال ابن

.وأكثرُها: سنتَانِ.

وَمن قَالَ: «إِن نكحتُ فُلَانَةً فَهِيَ طَالِقٌ» فنكحها فَولدت لِستَّةِ أشهرٍ مُنْذُ نكَحَهَا.. لزمَهُ نسبُهُ ....

عباس؛ أما أنها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى.. لخصمتكم، قال الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾، وقال: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾، فلم يبق للحمل إلّا ستة أشهر، فدرأ عثمان رضي الله عنه، فالتمسّك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعاً، قال ابن الهمام: وهذا الوجه صحيح في نفسه، ومفيد لقطعية إرادة كون المدة بمجموع الفصال والحمل لا لكل منهما؛ لاتفاقهم على صحّته، حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره، لكنه يبطل التمسك في الرضاع على الوجه الذي ذكر هنا، وقد يستدل لما نحن فيه: بأن الولد ينفخ فيه عند مضي أربعة أشهر، ويتم خلقه بعد ذلك في شهرين فكان أقل مدّته ستة أشهر.

(**وأكثرها: سنتان**)، وهو قول الثوري والضحاك، وأخذه مشايخنا، لما روى الدارقطني والبيهقي في «سننهما»: عن حديث عائشة أنها قالت: «ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل»، وهذا حجة على الشافعي ومالك في قولهما: أربع سنين.

وعلى أبي عبيد: ليس لأكثره حدّ.

وعلى ربيعة: أنه سبع سنين.

وعلى الزهري: أنه ست سنين.

وعلى عباد بن العواد: أنه خمس سنين.

(**ومن قال: إن نكحت فلانة.. فهي طالق، فنكحها فولدت لستة أشهر منذ نكحها.. لزمه نسبه**)؛ لأنها فراشه؛ لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح.. فقد جاءت به لأقلّ منها من وقت الطلاق؛ لأن الطلاق مشروط بالنكاح، والشرط مقدم عليه بالزمان وإن قل ولطف؛ إذ لا يتخلل بين الشرط والجزاء آنٌ

خالٍ، بل أوّل آنانٍ يعقّبُ وجود الشرط.. يثبت فيه الجزاء: وهو الطلاق من غير افتقار إلى تحقق زمانٍ يسع التلفظ «بأنت طالق».. فحينئذٍ يكون العلوق قبل الطلاق مقارناً للنكاح.

ويتصور ذلك بوجهين:

أحدهما: بأن يجعل كأنه تزوجها وهو على بطنها يخالطها، والناس يسمعون كلامهما.

والثاني: وهو الأحسن على ما في «فتح القدير» بأن يجوز أنهما وكّلا بالنكاح، فباشر الوكيل النكاح وهما على المخالطة، وعلى الوجهين يكون الإنزال قد وافق تمام النكاح مقارناً للطلاق؛ لأن الطلاق لا يقع إلّا بعد تمام الشرط، وزوال الفراش حكم الطلاق، فيكون بعده، فيكون العلوق حاصلاً قبل زوال الفراش بالضرورة، فيثبت النسب بهذا المقدار وإن ندر وجوده؛ لأن النسب ممّا يحتاط في إثباته، ولهذا قالوا: لو تزوج مغربي مشرقيّة وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر من وقت تزوجها.. ثبت نسبه منه احتياطاً للإمكان العقلي بأن يصل إليها بخطوة كرامة من الله تعالى.

ولكن شرطه: أن تلد لستة أشهر من وقت النكاح بلا زيادة ولا نقصان:

لأنها إذا ولدت لأقل منها.. لا يثبت النسب؛ لأن العلوق حينئذ كان سابقاً على النكاح.

وإذا ولدت لأكثر منها.. لا يثبت النسب أيضاً [٤٨٩/أ]؛ لأنا حين طلّقت حكمنا بأنه.. لا عدّة عليها لجواز كونها مطلقة قبل الدخول والخلوة، ولم يتبين بطلان هذا الحكم؛ لاحتمال أنه علق من زوج آخر بعد الطلاق؛ لعدم لزوم العدّة عليها، بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج؛ لأنّا تيقنا الولد في وقت الطّلاق، فبعد ذلك: إما أن يكون منه، أو غيره، فجعلنا العلوق منه احتياطاً لأمر النسب؛ إذ لو

ومهرُها.

جعلناه من غيره قبل النكاح.. لزم إضاعة الولد؛ إذ ليس لها زوج معلوم قبل هذا الزوج، كذا في «العناية» و «الكفاية» و«التبيين».

وتعقبه في «فتح القدير»: بأن نفيهم النسب فيما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان، ولا موجب للصّرف عنه ينافي الاحتياط في إثباته، واحتمال كونه حدث بعد الطلاق من زوج آخر؛ فيما إذا جاءت به لستة أشهر ويوم من وقت الطلاق في غاية البعد؛ فإن العادة المستمرة: كون الحمل أكثر منها، وربما يمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر، فكان الظاهر عدم حدوثه بعد الطلاق، وحدوثه احتمال ضعيف، فأي احتياط في إثباته إذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه، وتركنا ظاهراً يقتضي ثبوته. انتهى.

أقول: إن في إثبات النسب، فيما إذا جاءت به لستة أشهر ضرورة؛ لعدم احتمال كونه من زوج آخر فأثبتناه منه صيانة للولد عن النسبة إلى الزنا، بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر ويوم؛ إذ لا ضرورة فيه في الإثبات منه؛ لاحتمال ثبوته من زوج آخر بعد الطّلاق قبل الدخول، وليس فيه نسبة الولد إلى الزنا حتى يضطر في إثباته منه، غايته: أن الزوج الثاني غير معلوم لنا.

والحاصل: أن الاحتياط في الصورة الأولى: في الإثبات منه، وفي الصورة الثانية: في الإثبات من الزوج الثاني، وليت شعري لأيّ شيء خفي عليه هذا الفرق.

(ومهرها)؛ لأنه لما ثبت منه النسب.. جعل واطئاً حكماً فيتأكد المهر به.

فإن قيل: لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه حتى يتأكد المهر به؛ لأن الحبل قد يكون بإدخال المني في الفرج بدون الجماع.

أجيب عنه: بأنّ هذا نادر، والظاهر هو المعتاد، وبأنَّ تأكد المهر لا يستلزم حقيقة الوطء، بل يكفيه جعله واطئاً حكماً، وثبوت النسب يقتضيه.

وَإِذا أقرَّتِ الْمُطلقَةُ بِانْقِضَاءِ العدّة ....

وقال في «النهاية»: وفي القياس وهو رواية عن أبي يوسف: مهر ونصف؛ أما النصف.. فللطلاق قبل الدخول، وأما المهر.. فللدخول. انتهى.

وعبارة أبي يوسف في «الأمالي» على ما نقله أبو الليث: ينبغي في القياس: أن يجب على الزوج مهر ونصف؛ لأنه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر، ومهر آخر بالدخول، قال: إلا أن أبا حنيفة استحسن، وقال لا يجب إلا مهر واحد؛ لأنا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم، فتأكد ذلك الصّداق، وأثبته وجوب الزّيادة. انتهى. هكذا ذكره في «فتح القدير».

ثم قال: وهذه العبارة للمتأمل.. لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف، بل ظاهره في نفيه ذلك [٤٨٩/ب]؛ لأن الاستحسان مقدم على القياس، فلا تسوغ الرواية عنه بذلك، وإنما اشتبه وجوب الزيادة؛ لأنها مبنية على وقوع الطّلاق قبل الدّخول، ولا يحكم بذلك، وإلّا.. لم يثبت النسب؛ لأن الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة، بل يحكم بأنه مقارن له، أو للنكاح.. فأقل الأمر: كونه قبله، أو لا مشتبه.

(وإذا أقرت المطلّقة) المُعْتَدَّة عن طلاق بائن، أو رجعي **(بانقضاء العدّة)** بالأشهر، أو الحيض في مدّة تحتمل الانقضاء بأن أقرّ بعد ستين يوماً على قول أبي حنيفة، وتسعة وثلاثين يوماً على قولهما على ما تقدّم قبيل فصل الإحداد، أطلقه فشمل الآيسة أيضاً؛ لأنها كذوات الأقراء في الحكم الآتي، حتى إذا ولدت بعد الطّلاق الرجعي أو البائن.. يثبت نسب ما جاءت به لأقلّ من سنتين في البائن، وأكثر منها في الرجعي ما لم تقر بإنقضاء عدّتها؛ فإن أقرّت بانقضائها مفسّراً بثلاثة أشهر، أو مطلقاً في مدّة تصلح لثلاثة أقراء، ثم ولدت لأقلّ من ستة أشهر من وقت الإقرار.. يثبت النسب، وإلا.. فلا، كذا في «العناية» و«فتح القدير» عن فخر الإسلام.

لكنه أطلق في «قاضي خان» حيث قال: إن الآيسة تعتد بالأشهر، إذا ولدت.. يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين، أقرّت بانقضاء العدّة أو لم تقر، والحكم كذلك في المُعْتَدَّة عن وفاة إذا أقرّت انقضاء العدّة بعد أربعة أشهر وعشر، ثم جاءت

. ثمَّ ولدت لأَقلَّ مِن سِتَّةِ أَشهرٍ مِن وَقتِ الْإِقْرَار.. ثَبتَ نسبُهُ.
وَإِن لسِتَّةِ أشهرٍ.. لَا.

بولد لتمام ستة أشهر.. لا يثبت نسبه من الميت، وإن جاءت به لأقلّ منها.. يثبت نسبه منه على ما في «فتح القدير» و«معراج الدراية».

(ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار) ولأقل من سنتين من وقت الفرقة بالطلاق أو بالموت، حتى لو ولدت لأكثر من سنتين.. لا يثبت نسبه منه، وإن كان لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار؛ كما إذا أقرت بعدما مضى من عدّتها سنتان إلّا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الإقرار.. لم يثبت نسبه منه؛ لأن شرط ثبوته: أن يكون لأقل من سنتين من وقت الفرقة، وبعدها.. لا يثبت، وإن لم تقرّ بالانقضاء.. فمع الإقرار أولى، إلا إذا كانت الفرقة من طلاق رجعي على ما سيأتي، كذا في «الزيلعي» **(.. ثبت نسبه)**؛ لأنه ظهر كذبها بيقين، فيبطل إقرارها شرعاً؛ لأنه تبيّن أنّ عدّتها بوضع الحمل لا بالأقراء والأشهر؛ لأن العلوق ثبت قبل انقضاء مدّة الأقراء والأشهر، فتنتقل العدّة إلى وضع الحمل.

وهذا مشكل: بما إذا أقرّت بانقضاء عدّتها، ثم جاءت بولد لأقلّ من ستّة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من سنتين من وقت الفرقة.. فإنه ينبغي أن لا يثبت نسبه إذا كانت المدة تحتمل ذلك، بأن أقرّت بعدما مضى سنة مثلاً، ثم جاءت بولد لأقل من ستّة أشهر من وقت الإقرار؛ لأنه يحتمل أن عدّتها انقضت في شهرين، أو ثلاثة، ثم أقرت بعد زمان طويل، ولا يلزم من إقرارها بانقضاء العدّة أن تنقضي في ذلك الوقت.. فلم يظهر كذبها بيقين.

إلا إذا قالت: انقضت عدّتي في السّاعة [٤٩٠/أ]، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من ذلك الوقت، كذا في «الزيلعي».

(وإن) ولدت **(لستة أشهر)** من وقت الإقرار **(.. لا)** يثبت نسبه منه.

وقال الشافعي: يثبت حملاً على الصلاح مهما أمكن، صيانة عن النسبة إلى الزنا.

وَإِن لم تقرَّ.. يثبت إِن ولدت لأَقلَّ مِن سنتَيْنِ، وَإِن لِسنتَيْنِ أَو أَكثر.. لَا.

ولنا: أنها أمينة في الإخبار عما في رحمها، وقد أخبرت بمضي عدّتها، وهو ممكن.. فيقبل قولها، ثم لم يبطل لعدم المبطل؛ لأنه يحتمل الحدوث بعد الإقرار بأن تزوجت بغيره حين أقر فحبلت منه.

بخلاف ما إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار على ما مر آنفاً.

(وإن لم تقر) المُعْتَدَّة عن بائن، أو رجعي، أو موت بانقضاء عدتها (.. **يثبت**) النسب (**إن ولدت لأقل من سنتين**) من وقت الفرقة؛ إذ الغرض في عدم الإقرار؛ سواء كان لأقلّ من ستة أشهر، أو أكثر منها بعدما كان أقلّ من سنتين.

أما المُعْتَدَّة عن بائن: فلاحتمال أن يكون الولد قائماً وقت الطّلاق، فلا يتيقنّ بزوال الفراش قبل العلوق، فقلنا بالنسب احتيالاً لثبوته.

وأما المُعْتَدَّة عن رجعي: فظاهر لقيام النكاح من كلّ وجه، فيثبت النسب، وتقع البينونة بوضع الحمل؛ لانقضاء عدّتها.

وأما المُعْتَدَّة عن موت: فسيأتي.

(**وإن**) ولدت المُعْتَدَّة الغير المقرة (**لسنتين، أو أكثر.. لا**) يثبت النسب من زوجها؛ لأن الحمل حينئذ حادث بعد الطّلاق، وإلّا.. لزم زيادة أكثر مدة الحمل على سنتين، وذلك باطل؛ فإذا كان حادثاً بعد الطلاق.. لا يكون النسب منه؛ لأن وطأها حرام في عدّة البائن، إلا أن يدّعيه الزوج.. فحينئذٍ يثبت منه على ما سيأتي بيانه.

وإذا لم يثبت نسبه منه ههنا.. فعدتها تنقضي بوضع الحمل لا قبله عند أبي يوسف.

وعند أبي حنيفة ومحمد: يحمل على أن عدّتها انقضت قبل الولادة بستة أشهر، وتزوجت بغيره، وجاءت به منه.. فترد ما أخذت من النفقة منه في تلك المدة حملاً لأمرها على الصّلاح وإحياءً للولد على ما في «الزيلعي».

إِلَّا فِي الرَّجْعِيّ، وَيكونُ رَجْعَةً، ....

وأبو يوسف يقول: هي في العدة، ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه؛ فكأنها وطئت بشبهة، ولا يلزمها ردّ شيء (**إلّا في**) المُعْتَدَّة عن الطلاق (**الرجعي**)؛ فإنه يثبت نسب ولدها من زوجها، وإن جاءت به لسنتين أو أكثر منها ولم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة عدّة الرجعي.. فيحمل عليه؛ صوناً لها عن النسبة إلى الزنا والوطء بشبهة؛ لجواز أنها ممتدة الطهر إلى سنتين أو أكثر، فلا تنقضي عدتها قبل السنتين، والوطء في عدّة الرجعي: حلال.

(**ويكون**) وطؤه في عدّة الرجعي فيما جاءت به لسنتين أو أكثر.

(**رجعة**)؛ لأن العلوق بعد الطلاق، والظاهر: أنه منه؛ لما ذكرناه من الصون عن النسبة إلى الزنا؛ فيصير الزوج بالوطء مراجعاً.

بخلاف ما إذا جاءت به لأقل من سنتين؛ حيث يثبت النسب منه وتقع البينونة به على ما مر، ولا يصير به مراجعاً؛ لأنه يحتمل أن يكون العلوق قبل الطلاق وبعده في العدة، فلا تثبت الرجعة بالشك.

فإن قيل: الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات، وأقرب الأوقات للعلوق: هو ما بعد الطّلاق، أي: حالة العدّة [٤٩٠/ب] فينبغي أن تثبت به الرجعة.

قلنا: هذا أصل يخالفه الظاهر والعادة والسنة، فيترك؛ **لأن الظاهر المعتاد**: هو الوطء قبل الطلاق وقت قيام النكاح من كلّ وجه، وإن كان حلالاً بعده، **ولأن السنة** في الرجعة: أن يراجع بالقول والإشهاد، لا بفعل الوطء، فيضاف إلى ما قبل الطلاق، فيثبت الرجعة بالوطء.

فإن قيل: سلّمنا أن العلوق بعد الطّلاق، لكن لا نسلم أن الظاهر أنه منه، وقوله: صوناً لها عن النسبة إلى الزنا: ممنوع؛ لجواز أنّها تزوجت بعد انقضاء العدّة زوجاً آخر فعلقت منه.. فحينئذٍ لا تثبت الرجعة.

بِخِلَاف البائنِ إِلّا أَن يَدَّعِيَه،
فَيثبتُ فِيهِ أَيْضاً، وَيحملُ على الوطءِ بِشُبْهَةٍ فِي الْعدَّةِ.

قلنا: لما كان الغرض فيما لم تقر بانقضاء العدة.. كان الظاهر أنها في العدة.. فلا يصح القول أنها تزوجت بعد انقضائها، على أن الأصل إبقاء النكاح الأوّل ما لم تقرّ بانقضاء العدّة دون إنشاء نكاح آخر.

(**بخلاف البائن**)، أي: لا يثبت النسب فيه؛ فيما إذا ولدت لسنتين أو أكثر؛ لأن الحمل حينئذ حادث بعد الطلاق فلا يكون منه؛ لأن وطأها حرام، كذا في «الهداية» وقد ذكرناه آنفاً.

(**إلا أن يدعيه**) الزوج (**فيثبت فيه أيضا**)؛ لأنه التزمه حين دعواه، وله وجه شرعي: وهو الحمل على الوطء بشبهة على ما أشار إليه بقوله: (**ويحمل على الوطء بشبهة في العدة**)، واعترض عليها بوجهين:

أحدهما: أن هذه الرواية، أعني: عدم ثبوت النسب فيما إذا ولدت مُعْتَدَّة البائن لسنتين.. مخالف لرواية «الطحاوي» و«الإيضاح» و«شرح الأقطع»؛ فإن النسب يثبت بلا دعوة الزوج فيما إذا ولدت لسنتين؛ إلحاقا له لما دونه على رواياتهم.

والثاني: أن البيتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج في العدة.. كانت شبهة في الفعل، وفي شبهة الفعل لا يثبت النسب وإن ادّعاه الزوج، على ما صرّحوا به في «كتاب الحدود».

وأجيب عن الأوّل: بأن رواية عدم ثبوت النسب فيها بناءً على أن العلوق حادث بعد الطلاق على ما اختاره في «الهداية» وغيره، ورواية «الطحاوي» و«الإيضاح» و«الأقطع»: بناءً على أن العلوق حاصل حالة الطلاق على ما جعله «قاضي خان»؛ فإنه قال: إن العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارناً للطلاق قبل الدخول حاصلاً قبل زوال الفراش.. فيثبت النسب.

وعن الثاني: أن المذكور في «كتاب الحدود» محمول على المطلقة الثلاث

والمطلقة على مال، أو على المختلعة، والمذكور ههنا: محمول على المبانة بالكنايات.

قلت: الأولى أن يقال: إن المذكور في كتاب الحدود محمول على عدم دعوى الشبهة في الوطء، والمذكور ههنا: محمول على دعوى الشبهة بأن قال: إني ظننت أنها تحلّ لي لكونها في العدة؛ لأنه لو ادّعى شبهة حلّها.. يرجع إلى الشبهة في المحلّ؛ لأن ظنه هذا دليل في حقه، وفي شبهة المحلّ يثبت النسب والعدة، وقد ذكرناه في باب العدّة أيضاً، هكذا خطر ببالي، ثم وجدته مصرّحاً في «فتح القدير» ولله الحمد.

ثم اختلفوا في أنه هل يشترط تصديق المرأة دعواه ذلك أم لا؟

فيه روايتان.

وفي «فتح القدير»: والأوجه: أنه لا يشترط؛ لأنه ممكن منه وقد ادّعاه، ولا معارض، ولهذا لم يذكر [٤٩١/أ] الاشتراط في رواية الإمام السّرخسي في «المبسوط» والبيهقي في «الشامل».

ولو جاءت المُعْتَدَّة عن بائن بولدين؛ أحدهما لأقلّ من سنتين، والآخر لأكثر من سنتين.. يثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهما اعتبراه بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر، والآخر لأكثر منها فادّعاهما البائع.. يثبت نسبهما ويُنقض البيع.

وعند محمد: لا يثبت النسب؛ لأن الثاني من علوق حادث بعد الإبانة فيتبعه الأول؛ لأنهما توأمان.

قيل: هو الصّواب، وليس ولد الجارية نظيره؛ لأن الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه، بخلاف الولد الثاني في المبانة، ولو خرج بعض الولد لأقلّ من سنتين وبعضه لأكثر من سنتين.. لا يلزمه النسب، حتى يكون الخارج لأقل

وَإِن كَانَتِ المبانةُ مراهقةً؛ فَإِن أَتَت بِهِ لأَقلَّ مِن تِسْعَةِ أَشهرٍ.. يثبتُ، وإِلاّ.. فَلَا.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يثبتُ فِيمَا دونَ سنتَيْنِ.

من سنتين نصف بدنه، أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لأقل من سنتين والباقي لأكثر من سنتين، ذكره محمد، كذا في «فتح القدير».

وقال في «الزيلعي»: المعتبر خروج الأكثر لأقل من سنتين وهو خروج الصّدر إن خرج مستقيماً، وإن كان منكوساً.. فسّرته وهو المعتبر في انقضاء العدة، وفي حق الإرث إذا مات قبل أن يخرج كلّه.

(**وإن كانت المبانة**)، الأَولى: طيُّ قيدِ المبانة؛ لأن المُعْتَدَّة عن رجعي.. كالمبانة في هذا الحكم على ما صرح به في «الزيلعي»؛ حيث قال: والرجعي والبائن فيه سواء.

(**مراهقةً؛ فإن أتت به لأقلّ من تسعة أشهر.. يثبت، وإلّا.. فلا.**

وعند أبي يوسف: يثبت فيما دون سنتين).

وتوضيح هذه المسألة: أن الصغيرة المراهقة إذا طلقت؛ فإمّا قبل الدخول أو بعده:

فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطّلاق.. يثبت نسبه ليتقن بقيامه قبل الطلاق، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر.. لا يثبت نسبه منه؛ لأن الفرض أن لا عدّة عليها فيحصل العلوق وهي أجنبية، وما جاءت به.. لا يستلزم كونه قبل الطّلاق حتى يلزم العدّة، بناءً على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق.

وإن طلّقها بعد الدخول: فأمّا إن أقرّت بانقضاء العدّة بعد ثلاثة أشهر، أو لم تقر:

فإن أقرّت، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار.. ثبت نسبه

منه؛ لظهور كذبها، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر.. لم يثبت النسب؛ لانقضاء العدّة بإقرارها، وما جاءت به.. لا يلزم كونه قبلها حتى تيقنّ كذبها.

وإن لم تقر؛ فإما أن تدّعي حبلاً أو لم تدع:

فإن ادعت: فهي كالكبيرة من حيث إنها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر، فيثبت نسب ولدها لأقل من سنتين في البائن؛ كما في الكبيرة ولأقل من سبعة وعشرين شهراً في الرجعي لا ما فوقها.. ففيه خالفت الكبيرة؛ فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لأكثر من سنتين وإن طال إلى سنّ الإياس على ما مر.

وإن لم تدع وهي مسألة المتن.. فعند أبي حنيفة ومحمد: إن جاءت به لأقل من تسعة [٤٩١/ب] أشهر من وقت الطلاق.. يثبت نسبه وإلّا.. فلا.

وعند أبي يوسف: يثبت على سنتين في البائن، وإلى سبعة وعشرين شهراً في الرجعي.

له في البائن: أنها مُعْتَدَّة مدخولة بها ولم تقر بانقضاء العدّة فتحتمل الحبل ساعة فساعة، فيحتمل أن يكون حاملاً وقت الطّلاق، فيكون انقضاء عدّتها بوضع الحمل، ويحتمل أنها حبلت بعد انقضاء العدّة بثلاثة أشهر فصارت كالبالغة إذا لم تقر بالانقضاء.. يثبت نسب ولدها إلى سنتين.

وفي الرجعي: أنه يجعل واطئاً في آخر العدّة وهو ثلاثة أشهر، ثم يأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان.

ولهما: أن لانقضاء عدّتها جهة معينة وهو الأشهر الثلاث؛ لأنا عرفناها صغيرة بيقين فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء، أقرت به أو لم تقرّ، والحال إن حكم الشرع فوق إقرارها في الدّلالة على الانقضاء؛ لعدم احتماله الكذب، ولو أقرّت بالانقضاء، ثم ولدت لستّة أشهر.. لم يثبت النسب، فكذا إذا حكم الشرع.

وَمن مَاتَ عَنْهَا؛ إن أَتَت بِهِ لأَقَلَّ مِن سنتَيْنِ وَإِن كَانَت مراهقةً.. فلأقلَّ مِن عشرَةِ أشهرٍ وَعشرَةِ أَيَّامٍ.

وإِلّا.. فَلَا.

فإن قيل: أن لانقضاء عدّة الكبيرة - المتوفى عنها زوجها - جهة معينة وهي مضي أربعة أشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهراً، مع أنها يثبت نسب ولدها إلى سنتين، ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر.

قلنا: الأصل في الكبيرة المنكوحة: الحبل، فلم يعتبر في حقها تعيّن جهة العدّة بالأشهر، بخلاف الصغيرة؛ فإن الأصل فيها: عدم الحبل، فيعتبر تعين الجهة بالأشهر.

(**ومن مات عنها**) زوجها ولم تقر بانقضاء العدة، ولا الحبل؛ لأن حكم المقرة قد ذكرناه؛ (**إن أتت به لأقل من سنتين**) من وقت الوفاة يثبت نسبه، وإن جاءت به لسنتين أو أكثر.. لا يثبت عندنا.

وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدتها للموت لستة أشهر.. لا يثبت النسب؛ لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور والأيام في حقّها، فصار كما إذا أقرت بالانقضاء فصارت كالمراهقة.

قلنا: لا نسلم أن الجهة لانقضاء عدتها متعينة، بل لها جهة أخرى: وهو وضع الحمل، بخلاف الصغيرة؛ لأن لها جهة متعينة: وهو الأشهر؛ لأن الأصل فيها عدم الحبل على ما ذكرناه.

(**وإن كانت**) المتوفى عنها زوجها (**مراهقة**) غير مقرة بالانقضاء والحبل (.. **فلأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام**)، أي: فيثبت نسب ولدها من زوجها الأول منها، (**وإلا.. فلا**)، أي: وإن لم يكن لأقل منها.. فلا يثبت نسب ولدها، يعني: أن الصغيرة توفي عنها زوجها؛ فإن أقرت بالحبل فهي كالكبيرة.. يثبت نسبه إلى سنتين؛ لأن

وَلَا تثبت ولادَةُ الْمُعْتَدَّةِ إِلّا بِشَهَادَةِ رجلَيْنِ أَو رجلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

وَعِنْدَهُمَا: تَكْفِي شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَإِن كَانَ حَبلٌ ظَاهِرٌ أَوِ اعْترفَ الزَّوْجُ بِهِ.. يثبت بِمُجَرَّدِ قَوْلِهَا.

وَعِنْدَهُمَا: لَا بدَّ مِنْ شَهَادَةِ امْرَأَةٍ.

القول قولها في ذلك، وإن أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشر، ثم ولدت لستة أشهر فصاعداً.. لم يثبت النسب منه.

وإن لم تدع حبلاً ولم تقر بانقضاء العدة.. فعند أبي حنيفة ومحمد: إن ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيّام.. يثبت النسب منه، وإلّا.. لم يثبت.

وعند أبي يوسف: يثبت إلى سنتين، كذا في «الزيلعي»، والوجه ما ذكرناه في المُعْتَدَّة الصغيرة من الطلاق.

(**ولا تثبت ولادة المعتدة**)، أي: عن بائن، أو رجعي، أو موت (**إلّا بشهادة رجلين أو رجل** [٤٩٢/أ] **وامرأتين**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: تكفي شهادة امرأة واحدة**) هذا إذا أنكر الزوج الولادة والحبل، وليس معها حبل ظاهر.

(**وإن كان**) معها (**حبل ظاهر أو اعترف الزوج به**)، أي: بالحبل (.. **يثبت**) النسب (**بمجرد قولها**)، عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا بدّ من شهادة امرأة**).

توضيح المسألة: إذا ولدت المُعْتَدَّة عن طلاق بائن، أو رجعي، أو موت - على ما صرّح به في «الزيلعي» ويشعر به إطلاق «الهداية» والمصنف - وقد أنكره الزوج أو الورثة.. لم يثبت نسبه منه عند أبي حنيفة ما لم يشهد بولادتها رجلان، أو رجل وامرأتان، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر، أو اعتراف من الزوج، أو الورثة.. فحينئذٍ يثبت النسب بلا شهادة.

وقالا: يثبت في جميع ذلك؛ أي: سواء كان معها حبل ظاهر، أو لا، أو اعتراف

من الزوج أو الورثة أو لا، بشهادة امرأة واحدة عدلة؛ لما رواه ابن ابي شيبة عن الزهري مرسلاً: مضت السنة: أنه تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهنّ، وقول الرّاوي: «مضت السّنة».. حكمه الرفع، ولأن الفراش وهو تعيّن المرأة لماء الزوج قائم بقيام العدّة وقيامه يستلزم النسب، فلا حاجة إلى إثباته، وإنما الحاجة بعد ذلك إلى تعيين الولد، وإثبات الولادة، وذلك يثبت بشهادة امرأة واحدة عدلة؛ كما في حال قيام النكاح، أو ظهور الحبل، أو إقرار الزوج أو الورثة. وهل يشترط لفظ الشهادة على قولها؟

فيه روايتان:

فعلى قول مشايخ خراسان: لا يشترط؛ لأنها موجبة حقّاً على الغير.

وعلى قول العراقيين: لا يشترط؛ قياساً على العدد.

وهل تقبل شهادة رجل واحد عندهما؟ قيل: نعم، ولا يفسق؛ كما لو شهد رجلان، أو رجل وامرأتان.

ولأبي حنيفة: أنا سلّمنا أن الفراش يكون قائماً بقيام العدة، ولكن العدّة ههنا ليست بقائمة؛ لأنها تنقضي بإقرارها بوضع الحمل، والمنقضي: لا يصلح حجة، فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداءً بانقضاء فيشترط كمال الحجة، بخلاف ما إذا كان النكاح قائماً والحبل ظاهراً، أو الاعتراف والتصديق من الزوج أو الورثة صادراً؛ لأن النسب إذا ذاك ثابت قبل الولادة.. فلا يحتاج إلى إثباته، وإنما الحاجة إلى التعيين، وذلك يحصل بشهادة الواحد، هذا بناءً على عدم الفرق بين المُعْتَدَّة عن بائن، أو رجعي، أو موت في الاختلاف المذكور بينه وبين صاحبيه، وإليه ذهب «قاضي خان» وفخر الإسلام.

لكن شمس الأئمة السرخسي قيده بالبائن، فقال: لو أن رجلاً طلّق امرأته ثلاثاً، أو تطليقة بائنة، ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل، وشهدت امرأة على الولادة والزوج منكر الولادة والحبل.. لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة، ما لم

وَإِن ادَّعتها بعدَ مَوتِهِ لأَقَلَّ مِن سنتَيْنِ فصدقها الْوَرَثَةَ.. صَحَّ فِي حقِّ الْإِرْثِ وَالنّسبِ، هُوَ الْمُخْتَارُ.

وَمن نكحَ فأتت بِولدٍ لسِتَّةِ أشهرٍ فَصَاعِداً.. ثَبتَ ....

يشهد به رجلان، أو رجل وامرأتان، وإليه ذهب صاحب «المختلف»؛ حيث قال: إن المُعْتَدَّة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة، وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج.. لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة، ما لم يشهد به رجلان، أو رجل وامرأتان.

فإن قيل: لا يحلّ نظر الرجل إلى العورة فكيف يصح [٤٩٢/ب] شهادته.

أجيب: بأن النظر لا يلزم، إذا دخلت بيتاً بين الشهود وهم يعلمون أن ليس فيه غيرها، ثم خرجت مع الولد.. كفى لأداء الشّهادة.

(**وإن ادّعتها**)، أي الولادة (**بعد موته لأقلّ من سنتين فصدّقها الورثة**) بعضهم، أو كلهم ومعناه أنهم صدّقوها بما قالت، ولم يشهدوا به (.. **صحّ**) تصديقهم (**في حق الإرث**)؛ لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه.

(**و**) في حق (**النسب هو المختار**) اختلفوا في صحة تصديقهم في حق النسب بالنظر إلى غير المصدقين من الورثة بأنه، هل يثبت بالنسبة إلى غير المصدقين أو لا؟

فقالوا: إذا كانوا؛ أي: الورثة من أهل الشهادة بأن كانوا ذكوراً، أو ذكوراً مع إناث عدولاً نصاباً.. يثبت؛ لقيام الحجة، فيشارك المقرون منهم والمنكرون، وعن هذا قالوا: يشترط لفظ الشهادة.

وقيل: لا يشترط؛ لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقّهم بتصديقهم، وما ثبت بناءً على الغير.. لا يراعى فيه الشرائط؛ كالعبد مع المولى، والعسكر مع الأمير في حق الإقامة، وهو الصحيح على ما في «الكافي» و«فتح القدير».

وفيه أيضاً: إذا لم يكونوا من أهل الشهادة.. لا يثبت النسب إلا في حق المقرّين منهم.

(**ومن نكح امرأة فأتت بولد لستة أشهر**) من وقت النكاح (**فصاعداً.. ثبت**) نسب

مِنْهُ إِن أقرَّ بِالْولادَةِ أَو سكتَ.

وَإِن جَحَدَ.. فبشهادةِ امْرَأَةٍ؛ فَإِن نَفَاهُ.. لَاعنَ.

وَإِن لأَقلَّ مِن سِتَّةِ أَشهرٍ.. لَا يثبتُ.

الولد (منه)، أي: من الزوج (**إن أقر بالولادة أو سكت**) سواء اعترفت الزوجة به أيضاً، أو سكتت؛ لأن الفراش قائم والمدّة تامة.. فوجب القول بثبوته، وهذا ظاهر فيما زاد على ستة أشهر.

وأما فيما أتت به لستة أشهر بلا زيادة.. فلاحتمال أنه تزوّجها واطئاً لها فوافق إنزاله النكاح، والنسب يحتاط في إثباته.

(**وإن جحد**)، أي: جحد الزوج الولادة فيما جاءت به لستة أشهر فصاعداً (.. **فبشهادة امرأة**) واحدة بالاتفاق.

أما عندهما: فلما ذكرناه نقلاً وعقلاً.

وأما عند أبي حنيفة: فلتأيّدها بقيام الفراش، حتى لو نفاه بعد شهادتها.. لاعن وإليه أشار بقوله: (**فإن نفاه**)، أي: بعد الثبوت بإقراره، أو سكوته لو بشهادة امرأة.. لا ينتفي بنفيه: بل (**لاعن**)؛ لأن النسب ثبت بالفراش القائم، فلا ينتفي بعده، بل يعمل بمقتضى قذفة وهو اللّعان.

فإن قيل: اللّعان ههنا إنما أوجب بنفي الولد وهو يثبت بشهادة القابلة.. فيلزم أن يكون اللّعان أيضاً ثابتاً بشهادة القابلة، وذلك لا يجوز؛ لأن اللّعان في معنى الحد، والحدّ لا يثبت بشهادة النساء.

أجيب: بأن اللّعان يجب بالقذف، والقذف موجود؛ لأن قوله «ليس مني» قذف لها بالزنا، والقذف لا يستلزم وجود الولد؛ لصحته بدونه، فلم يعتبر نفي الولد الثابت بشهادة القابلة، وإنما أضيف اللّعان إلى القذف مجرّداً عنه.

(**وإن**) ادعت (**لأقل من ستة أشهر**) من وقت النكاح (.. **لا يثبت**)؛ لأن العلوق سابق على النكاح، فلا يكون منه.

فَإِنِ ادَّعَت نِكَاحهَا مُنْذُ سِتَّةِ أشهرٍ وَادّعى الْأَقَلَّ.. فَالْقَوْلُ لَهَا مَعَ الْيَمِينِ.

وَعند الإِمَام: بِلَا يَمِينٍ.

وَإِن علَّقَ طَلاقَهَا بِالْولادَةِ فَشَهِدت بهَا امْرَأَةٌ.. لَا تطلقُ،

(**فإن ادعت نكاحها منذ ستة أشهر، وادّعى**) الزوج (**الأقل**) من ستة أشهر، فقال: تزوجتك منذ أربعة أشهر مثلاً (**فالقول لها**)؛ لأن الظاهر شاهد لها، فهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح.

فإن قيل: الظاهر شاهد له أيضاً [٤٩٣/أ]؛ لأن الأصل أن تضاف الحوادث إلى أقرب الأوقات.

قلنا: إن النسب مما يحتاط في إثباته؛ فإذا تعارض الظاهر فيه.. ترجح المثبت على النافي، على أن ظاهر حالها يتأيّد بظاهر حاله، من حيث إنه لا يباشر النكاح بصفة الفساد؛ فإن نكاح الحبلى فاسد.

واختلفوا في حرمتها على الزوج بهذا النفي منه، قيل: يحرم، وقيل: لا وهو الأصح؛ لأنه وإن أقرّ الحرمة بهذا القول، إلا أن الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه، والإقرار المقابل بتكذيب الشرع باطل.

(**مع اليمين**) عند أبي يوسف ومحمد.

(**وعند الإمام: بلا يمين**)؛ لأن الاختلاف هنا في النكاح والنسب، وهو من المسائل المختلف فيها بينه وبينهما: نكاح ورجعة، وفيء وإيلاء، واستيلاد ورق، ونسب وولاء، على ما في «كتاب الدعوى».

ولهما: أن الزوج يدّعي إسناد العلوق إلى زمان سبق النكاح، وهي تنكر.. فعليها اليمين، ولا يخفى عليك أنه معارض: بأن المرأة تسند العلوق إلى زمان سابق ينكره.

(**وإن علق طلاقها بالولادة**) بأن قال إذا ولدت ولداً فأنت طالق (**فشهدت بها**)، أي: بالولادة (**امرأة**) والزوج ينكرها، ولم يكن الحبل ظاهراً، ولا أقر الزّوج به (**.. لا تطلق**) عند أبي حنيفة، ولكن يثبت النسب اتفاقاً.

خلافاً لَهما.

وَإِنِ اعْترفَ بالحَبَلِ.. تطلقُ بِمُجَرَّدِ قَوْلِهَا.

(**خلافا لهما**)، قالا: تطلق أيضاً؛ لأن شهادتها حجّة في ثبوت الولادة، لما رويناه من حديث الزهري؛ فإذا كانت حجة فيها.. كذلك تكون حجة فيما يتبنى عليها من الطلاق المعلق بها؛ كثبوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة؛ فيما إذا قال: إن كان بأمتي هذه حمل.. فهو مني، فولدت بعده لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها.. فشهدت بها امرأة، وكثبوت اللّعان بناءً على ثبوت النسب أيضاً، فيما إذا جاءت زوجته بولد، فقال: ليس مني، ولا أدري أولدته أم لا؟! فشهدت بالولادة امرأة.. فإنه يجب اللّعان، إلا أن يكون الزوج عبداً، أو حرّاً، محدوداً.. فيحد للقذف.

ولأبي حنيفة: أنها لم تدَّع الطّلاق حتى يثبت في ضمن الولادة، بل إنما تدعي الحنث وزوال الملك الثابت بيقين، فلا بدّ لها من حجّة تامة، وشهادة المرأة الواحدة ليست بحجة تامة؛ لكونها ضروريّة، ولو سلّم أن دعواها هي الطّلاق، لكن لا يمكن إثباته بشهادتها ضمناً؛ لأن شهادتها إنما هي في حق الولادة وما يخصّها من اللّوازم؛ لضرورة عدم حضور الرجال عندها، فلا يظهر في حقّ الطلاق؛ لأن الضّروري مقدّر بقدر الضرورة، والطلاق ليس عين الولادة، ولا المختص بها؛ لأنه قد ينفك عنها، بخلاف الأمومة فإنها من لوازم النسب ، وبخلاف اللّعان من لوازم القذف اللازم لثبوت النسب منه.

وقد يقال نصرة للإمامين: إن الكلام في الطلاق المعلق بالولادة لا مطلقاً، والمعلّق من لوازم المعلق عليه المختص به؛ فإذا ثبت.. يلازمه.

ويجاب عنه: بأن للشرع [٤٩٣/ب] ولاية قد تثبت أمراً في حق بعض الأشياء، ولا تثبتها في حق بعض آخر، هذا فيما إذا أنكر الزوج الولادة والحبل ولم يكن معها حبل ظاهر.

(**وإن اعترف**) الزوج (**بالحبل**)، أو كان معها حبل ظاهر، ثم علق طلاقها بالولادة، فقالت المرأة: ولدت، وكذبها الزوج (.. **تطلق بمجرد قولها**) عند أبي حنيفة.

وَعِنْدَهُمَا: لَا بدَّ مِن شَهَادَةِ امْرَأَةٍ.

وَمن نكحَ أَمَةً فَطلَّقهَا فاشتراها فَولدت لأَقلَّ مِن سِتَّةِ أشهرٍ مُنْذُ شراها.. لزمَهُ، وإِلَّا.. فَلَا.

(وعندهما: لا بد من شهادة امرأة)؛ لأنها ادعت الحنث، فلا بدّ لها من حجّة، وشهادتها فيه حجة على ما مرّ.

وله: أن الإقرار منه بالحبل إقرار بالولادة؛ لأنه يفضي إليها؛ ولأنه لما أقرّ بالحبل.. فقد أقرّ بكونها مؤتمنة، والقول قول المؤتمن في دعوى ردّ الأمانة.

(ومن نكح أمة فطلّقها)، أي: بعد الدخول واحدة بائنة، أو خلعاً، أو رجعية (فاشتراها) من مولاها قبل أن يقرّ بانقضاء عدّتها (فولدت لأقل من ستة أشهر منذ شراها.. لزمه، وإلّا)، أي: وإن لم تلد به لأقل منها، بل لتمام ستة أشهر، أو أكثر منها (.. فلا) يثبت النسب منه.

لأن في الوجه الأول: هو ولد المُعْتَدَّة للمتيقن بكون العلوق سابقاً على الشراء، وولد المُعْتَدَّة يثبت نسبه بلا دعوة لقيام الفراش حكماً.

وفي الوجه الثاني: ولد المملوكة؛ لأن الحوادث تضاف إلى أقرب أوقاتها وقت كونها مملوكة، فلا بد من دعوة، وإنما قيّدناه بكونه بعد الدخول وكونه واحدا بائناً، أو خلعاً، أو رجعية؛ لأنه لو طلقها قبل الدخول.. لا يلزمه الولد إلا أن تجيء به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها؛ لعدم العدّة عليها، ولو طلقها بعد الدخول ثنتين.. يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق؛ لأنها حرمت عليه حرمة غليظة بالطلقتين؛ كالحرة بالثلاث، فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبل الطلاق؛ لأنها لا تحل له بالشراء بعد أن حرمت عليه غليظة، وإذا لم تحل.. لا يقضى بالعلوق من أقرب الأوقات بل من أبعدها، وهو ما قبل الطلاق حملاً له على الصّلاح.. فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين، بخلاف ما إذا كان الطلاق واحداً.. يحلّ له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات.

ثم اعلم أن الطلقة الواحدة إذا كانت رجعية.. لزمه الولد، وإن جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء.

وإذا كانت بائنة.. لزمه إلى أقل من سنتين، أو تمام السنتين بعد كونه لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء، هذا فيما إذا اشترى زوجته الموطوءة بعد طلاقها، ولو اشتراها، ثم أعتقها فولدت لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها.. لا يثبت النسب، إلا أن يدعيه الزوج؛ لأن النكاح بطل بالشراء، وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه، ولو ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء إلّا بدعوة، والعتق ما زادها إلا بعداً من الزوج.

وعند محمد: يثبت النسب إلى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء؛ لأنه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة؛ لكنها لا تظهر في حقه للملك؛ وبالعتق ظهرت.

وحكم مُعْتَدَّة عن بائن لم تقر [٤٩٤/أ] بانقضاء عدّتها، ذلك ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر.. لزمه؛ للعلم بثبوته قبل الشراء، وإن كان لأكثر من سنتين من وقت العقد، وكذا لو لم يعتقها، ولكن باعها فولدت في يد المشتري لأكثر من ستة أشهر منذ باعها:

فعند أبي يوسف: لا يثبت النسب وإن ادعاه، إلا بتصديق المشتري، لما مرّ أن النكاح بطل بالشراء.

وعند محمّد يثبت بلا تصديق؛ كما قال في العتق، إلا أنه هنا لا يثبت بلا دعوة؛ لأن العدّة ظهرت ثمة ولم تظهر هنا، ولو أسلمت كتابية تحت مسلم، ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإسلام، فنفاه.. لاعن ويقطع نسب الولد منه وإن احتمل علوقه قبل الإسلام، وباعتباره لا لعان، لكن العلوق حادث والأصل في الحوادث ما قلنا.

وَمن قَالَ لأَمتِهِ: «إِن كَانَ فِي بَطْنِكِ ولدٌ فَهُوَ منّي» فَشَهِدتِ امْرَأَةٌ بِالْولادَةِ.. فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ.

وكذا حرّ تحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق، فنفاه الزوج: لاعن، وإن احتمل العلوق قبل الإعتاق.

اعترض على قولهم: «إن الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات» بثلاث مسائل:

أحدها: ما لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق ثلاثاً، ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأكثر من ستة أشهر من وقت الإيجاب ولأقل من سنتين منه، فالإيجاب على ايهامه: ولا تتعين ضرّتها للطلاق على ما ذكره في «الزيادات».

ثانيها: لو قال لها: إذا حبلت فأنت طالق، فولدت لأقل من سنتين من وقت التعليق.. لا يقع الطّلاق، فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل.

وثالثها: المطلقة الرّجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق.. لا يصير مراجعاً.

ولو كانت الحوادث مضافة إلى أقرب الأوقات.. لثبتت هذه الأحكام الثلاثة.

أعني: البيان بتعين الضرة، ووقوع الطلاق، والرّجعة.

وأجيب عنه: بأنّ الحوادث إنما تضاف إلى أقرب أوقاتها إذا لم تتضمن إبطال ما كان ثابتاً بالدليل، أو ترك العمل بالمقتضى؛ أما إذا تضمن ذلك.. فلا، ففي ثبوت الطلاق في الصورتين الأوليين إبطال ما كان ثابتاً بيقينٍ بلا يقين، وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول، كذا في «فتح القدير».

(**ومن قال لأمته: إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة.. فهي أمّ ولده**)؛ لأن سبب ثبوت النسب وهو الدعوة قد وجد من المولى بقوله: «فهو مني» وإنما الحاجة إلى تعيين الولد، وهو يثبت بشهادة القابلة بالإجماع، هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار.

وَمن قَالَ لغلامٍ هُوَ ابْني، وَمَاتَ، فَقَالَت أُمُّهُ: أَنا امْرَأَتُهُ وَهُوَ ابْنُهُ.. يرثانِهِ.

فإن ولدت لستة أشهر فصاعداً.. لم يلزمه؛ لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى، فلم يكن المولى مدّعياً هذا الولد، بخلاف الأول؛ فإنا تيقنا ثمة بقيام الولد في البطن وقت القول، فصحت الدعوى، إنما قيد بالتعليق؛ لأنه لو قال: هذه حامل مني، بغير تعليق.. يلزمه الولد [٤٩٤/ب] وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين حتى ينفيه، كذا في «البحر» نقلاً عن «غاية البيان».

(**ومن قال لغلام: هو ابني ومات، فقالت**)، أي: بعد موته (**أمّه**)، أي: أمّ الغلام: (**أنا امرأته وهو ابنه.. يرثانه**).

والقياس: أن لا يكون لها الميراث؛ لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح.. كذلك يثبت بالنكاح الفاسد، وبالوطء عن شبهة، وبملك اليمين.. فلم يكن قوله: «هو ابني» إقراراً بالزوجية منه.

ووجه الاستحسان: أن المسألة فيما إذا كانت المرأة معروفة بالحرية وبكونها أمّ الغلام.. النكاح الصحيح هو المتعيّن كذلك وضعاً وعادةً، فيحتمل عليه عند إقرارها ما لم يظهر خلافه.

واعترض عليه: بأنه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الاستحسان أيضاً؛ لأن هذا النكاح ثبت اقتضاءً فثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون الإرث.

وأجيب: بأن النكاح ليس بمتنوع إلى ما هو سبب لاستحقاق الإرث وإلى ما ليس بسبب له، فلما ثبت ولو بطريق الاقتضاء.. يترتب عليه ما هو من لوازمه المختص به وهو الإرث، ولذا لو زوج أمة من عبده فجاءت بولد فادّعاه المولى.. لم يثبت نسبه منه، وإلّا.. لزم أن ينفسخ النكاح بعدما ثبت على وجه الصحة، وهو ممّا لا يقبل الفسخ بعدما صحّ، فترتّب عليه لوازمه، والولد معتق عليه في هذه الصورة أيضاً لكون ملكه وإن لم يثبت نسبه منه لضرورة النكاح؛ كما إذا أقرّ ببنوة عبده المعروف النسب، وهذا بخلاف البيع؛ فإن المولى إذا باع أمة وولدت عند المشتري، ثم إذا ادّعاه البائع.. يثبت نسبه منه وينفسخ البيع؛ لأنه ممّا يقبل الفسخ.

فَإِن جُهِلت حرِّيَّتُها وَقَالَتِ الْوَرَثَةُ: أَنْتِ أُمُّ وَلَدِهِ.. فَلَا مِيرَاثَ لَهَا.

(**فإن جهلت حرّيتها وقالت الورثة أنت أمّ ولده.. فلا ميراث لها**)؛ لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الإرث؛ كالمفقود يجعل حياً في حق ماله حتى لا يرث غيره منه، لا في حق غيره حتى لا يرث هو من غيره، وإذا لم يكن لها ميراث.. فهل لها مهر المثل؟

ففي «فتح القدير» عن التمرتاشي: أن لها مهر المثل؛ لأنهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أمّ ولد بقولهم.

واعلم: أن الفراش على ثلاث مراتب:

قوي: وهو فراش المنكوحة، وحكمه: ثبوت النسب فيه بلا دعوة، ولا ينتفى بمجرد النفي ما لم يتلاعنا.

وضعيف: وهو فراش الأمة، وحكمه: أن لا يثبت به بلا دعوة.

ومتوسط: وهو فراش أم الولد، وحكمة: أن يثبت النسب بلا دعوة إن حلّ وطؤها، وينتفى بمجرد النفي، وإن لم يحل وطؤها له.. فلا يثبت النسب بلا دعوة أيضاً؛ كأمّ ولد كاتبها مولاها، أو حرمت عليه بالرضاع، أو بوطئه أمّها، أو بنتها، أو بوطئها أبوه، أو ابنه على ما سيأتي في باب الاستيلاد.

* * *

فهرس محتويات الجزء الثالث